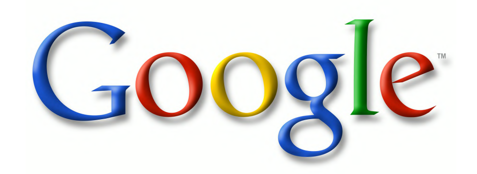


EISELE

UNVERBINDLICHER GESETZESINHALT.

1885

PROGRAMM

WODURCH

ZUR FEIER DES GEBURTSFESTES

SEINER KŒNIGLICHEN HOHEIT

UNSERES DURCHLAUCHTIGSTEN GROSSHERZOGS

FRIEDRICH

IM NAMEN DES

AKADEMISCHEN SENATS

DIE ANGEHŒRIGEN DER

ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÆT

EINLADET

DER GEGENWÆRTIGE PRORECTOR

DR. FRIDOLIN EISELE.

INHALT:

UNVERBINDLICHER GESETZESINHALT.

FREIBURG 1885.

UNIVERSITÆTS-BUCHDRUCKEREI VON CHR. LEHMANN.

Der neunte September ist, wie für das ganze badische Volk, so auch für die Angehörigen der Albert-Ludwigs-Hochschule ein Dank- und Freudenfest; und weil unser gnädigster Landesherr zugleich unser Rector magnificentissimus ist, so bringen wir Ihm an diesem Seinem Geburtstage noch eine besondere, der Art unseres Könnens entsprechende, bescheidene Gabe dar.

Diesmal nahen wir unserem durchlauchtigsten Rector in freudig gehobener Stimmung. Die Frequenz unserer Hochschule hat in diesem Sommer zum ersten Male seit ihrem Bestehen die Zahl von tausend immatriculierten Studenten überschritten, eine Zahl, die noch vor wenigen Jahren auch von den Hoffnungsvollsten nicht für erreichbar gehalten wurde. Wenn wir uns dadurch gehoben fühlen, so überheben wir uns

gleichwohl nicht; die Thatsache wird an dieser Stelle gerade darum erwähnt, um auch hier es dankbar auszusprechen, dass wir uns wohl bewusst sind, in wie hohem Masse wir solches Gedeihen der wohlwollenden Fürsorge unseres hochsinnigen Rectors und den Bemühungen der Seinen Intentionen folgenden Regierung zu verdanken haben.

Hellen Freudenschimmer wirft in diesem Jahre auf den schon so freudenvollen Tag die bevorstehende glückverheissende, weil auf wahrer Herzensneigung beruhende Verbindung des uns allen so theuern Erbgrossherzogs mit der von ihm erkornen Hohen Braut, Prinzessin Hilda von Nassau. Wie muss es die Freude des liebevollen und geliebten Vaters erhöhen, zum erstenmale die Glückwünsche dieses glücklichen Paares zu empfangen!

Möge unser gnädigster Landesherr dieses Familienglückes Sich noch lange erfreuen; möge Er noch lange des herrlichsten Lohnes geniessen, der einem edeln und pflichtgetreuen Fürsten zu Theil werden kann, der dankbaren und aufrichtigen Liebe eines ganzen Volkes, welches in allen seinen Schichten eines Sinnes ist, wenn es am heutigen Tag zum Himmel fleht:

GOTT SCHIRME UND SEGNE

UNSERN GELIEBTEN GROSSHERZOG

FRIEDRICH

UND DAS GANZE GROSSHERZOGLICHE HAUS!

Unverbindlicher Gesetzesinhalt.

Beiträge zur allgemeinen Rechtslehre

von

Dr. Fridolin Eisele.

Die nachfolgende Abhandlung erörtert einen Gegenstand, welcher nach verschiedenen Seiten hin ein juristisches Interesse darbietet.

Ob irgend ein Gesetzesinhalt vom rein juristischen Standpunkt aus der den Einzelwillen bindenden Kraft ermangle, welcher Art dieser Inhalt und welches der Grund seiner Unverbindlichkeit sei: das sind Fragen, deren Beantwortung vor Allem für die Lehre von den Rechtsquellen von Bedeutung ist.

Sodann ist eine auf diesen Gegenstand gerichtete Untersuchung für Jeden von Belang, welcher das in Gesetzen enthaltene Recht zu theoretischen oder praktischen Zwecken festzustellen hat. Erinnern wir zunächst an die Hauptquelle unseres gegenwärtigen gemeinen deutschen Privatrechts, das corpus iuris civilis. Dass in demselben — und zwar nicht nur in den zugleich zu einem Lehrbuch bestimmten Institutionen — sehr Vieles steht, was nicht etwa blos aus historischen Gründen für uns keine Geltung mehr hat, sondern niemals rechtliche Geltung hatte und haben konnte, wird zwar in neuerer Zeit immer allgemeiner anerkannt; aber es geschieht das doch mehr beiläufig und gelegentlich. [1]) Bei solcher Behandlung der Sache bleibt der Möglichkeit, dass gleichwohl aus unverbindlichem Gesetzesinhalt Rechtssätze abgeleitet werden, wie der

[1]) Eine Ausnahme macht die Abhandlung von Wendt: „Rechtssatz und Dogma“ u. s. w. in Iherings Jahrb. f. Dogm. 22 (1884) S. 299 ff., die einen Theil des Problems ex professo behandelt.

entgegengesetzten, dass verbindlicher Gesetzesinhalt als unverbindlich bei Seite geschoben wird, ein zu grosser Spielraum.

Was bei dem corpus iuris, speciell bei den Institutionen und Digesten, in Anbetracht ihrer Entstehung und Zusammensetzung ganz unvermeidlich war, das ist in neueren Gesetzen jedenfalls thatsächlich nicht vermieden worden; wir finden auch da Aussprüche des Gesetzgebers, welche keine Rechtssätze erzeugen. Auch in dem künftigen bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich werden derartige Sätze anzutreffen sein. Damit hätte es keine Noth, wenn solche Sätze immer das Richtige träfen. Sind sie aber unrichtig und wird die Unverbindlichkeit derselben nicht erkannt, so liegt darin für Doctrin und Praxis eine nicht zu unterschätzende Gefahr. Diese Gefahr nach Möglichkeit zu verringern, scheint uns keine unwichtige Aufgabe zu sein, deren Lösung von recht vielen Seiten in Angriff genommen werden sollte.

Endlich könnte eine Untersuchung über die vorwürfige Frage auch als Beitrag zu einer Gesetzgebungstechnik gelten, sofern nämlich durch sie eine Grenzregulierung zwischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vorgenommen wird. Sofern sie dabei zu richtigen Ergebnissen gelangt, können diejenigen, denen die Abfassung von Gesetzen obliegt, daraus entnehmen, was in Gesetze nicht hineingehört.

Diesen Andeutungen über die Tragweite des zu behandelnden Themas mögen noch einige Bemerkungen behufs Abgrenzung desselben folgen. Wenn wir von unverbindlichem Gesetzesinhalt handeln, so verstehen wir unter Gesetz das, was in der Lehre von den Rechtsquellen darunter gewöhnlich verstanden wird. In diesem Begriff des Gesetzes ist als Moment das enthalten, dass durch dasselbe objectives Recht, also mindestens ein Rechtssatz, geschaffen wird. Wir sehen also ab von staatsrechtlichen Beschlüssen, welche in der

modernen constitutionellen Redeweise lediglich um deswillen „Gesetze“ genannt werden, weil sie von denselben Subjecten und in denselben Formen gefasst werden, wie dies bei Gesetzen im juristischen Sinne der Fall ist. Man nennt jene ersteren jetzt oft Gesetze im formellen Sinne. [2])

Sodann handeln wir von gesetzgeberischen Aussprüchen, die lediglich ihres Inhalts wegen unverbindlich sind. Wir lassen also das Problem bei Seite, ob und unter welchen Voraussetzungen eine gesetzliche Bestimmung, welche von Seiten ihres Inhalts rechtlich binden könnte, der verbindlichen Kraft von Seiten der Motive ermangeln oder derselben wieder verlustig gehen könne, wenn die Vorstellung, welche motivierend war, unrichtig gewesen oder geworden ist. [3])

Danach bleiben uns noch zwei Gruppen von Fällen übrig. — Ihnen entsprechen die concreten Ausgangspunkte, von denen wir zu den vorliegenden Betrachtungen gelangt sind: einmal die Schwierigkeit, welche in der Lehre von den Rechtsquellen die l. 2 C. quae sit longa cons. 8, 52 (53) bereitet; sodann

---

[2]) Auf solche „Gesetze“ bezieht sich die Behauptung von v. Martitz in der Abhandlung über „den constitutionellen Begriff des Gesetzes“, Zeitschr. f. d. ges. Staatswiss. Bd. 36 (1880) S. 249: „Das Gesetz ist“ (richtiger: erzeugt), „was auch sein Inhalt sein möge, unter allen Umständen objectives Recht, ist eine Rechtsregel (?). Gesetze, die keinen Rechtssatz enthielten, die nur in formellem Sinne, nur scheinbar Gesetze wären, giebt es nicht“. Soll, wie es scheint, der zweite dieser Sätze ein allgemein gültiges Urtheil enthalten, und nicht etwa blos eine historische Thatsache aussprechen, so wird er sich nur dann halten lassen, wenn der erste Satz dahin verstanden wird, dass jeder in sich abgeschlossene Gedankeninhalt dadurch, dass er einem Gesetze einverleibt wird, rechtsverbindliche Kraft gewinnt. Ob v. Martitz den ersten Satz so verstanden wissen will, haben wir nicht ersehen können.

[3]) Zu dem letztern Falle vgl. etwa die Bestimmung der l. 10 C. qui test. fac. poss. 6, 22 über die Testamente der Taubstummgeborenen und dazu Windscheid Pand. § 539 Note 7.

der Ausspruch Marcian's über die Unmöglichkeit der Verpfändung von servitutes praediorum urbanorum in l. 11 § 3 de pign. et hyp. 20, 1.[4])

I.

In dem Wesen des objectiven Rechts sind gewisse Grundbestimmungen gegeben, welche von den Zufälligkeiten nationaler Beanlagung und geschichtlicher Entwicklung ebenso wenig abhängig sind, als es von dem Belieben der Menschen abhängt, ob Recht überhaupt hervorgebracht werden soll oder nicht. Auch der Gesetzgeber steht nicht über diesen Grundbestimmungen, sondern sie stehen vielmehr über ihm; er hat dieselben weder zu wollen noch nicht zu wollen, sondern er hat sie, als durch die Natur des objectiven Rechts gegeben, einfach hinzunehmen. Es handelt sich also hier um Grenzen der gesetzgeberischen Macht, und zwar um Grenzen, welche, weil in dem Wesen des objectiven Rechts beruhend, zu allen Zeiten und bei allen Völkern dieselben sein müssen.

Wir beginnen mit einem Punkte, der am wenigsten zweifelhaft sein kann.

Man mag die Vorstellung von der Macht des gesetzgeberischen Willens noch so hoch spannen: auch der Gesetzgeber wird über die Schranken nicht hinaus können, welche dem Willen überhaupt, folglich auch dem Willen im Recht, und zwar hier sowohl dem Individual- als dem Gemeinwillen, durch seine Natur und unabhängig von jedem menschlichen Belieben gesetzt sind.

---

[4]) Vgl. Archiv f. civ. Pr. Bd. 65 (1882) S. 121 Note 10.

Eine solche Schranke ist, dass der Wille über das Vergangene keinerlei Macht hat. Auch der mächtigste Wille kann Geschehenes nicht ungeschehen machen. Innerhalb der Welt des Rechts ist aber auch eine eingetretene Rechtswirkung ein Geschehenes, z. B. die Rechtswirkung, dass Jemand Schuldner geworden ist. Es liegt gänzlich ausserhalb der Macht des Gesetzgebers, durch seinen Befehl zu bewirken, dass eingetretene Rechtswirkungen nicht eingetreten seien, dass Thatbestände, an welche das frühere Recht bestimmte Wirkungen knüpfte, diese Wirkungen nicht gehabt haben. Versteht man dieses unter dem Satze, dass neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben[5]): so muss anerkannt werden, dass dieser Satz sich von selbst versteht und dass das Gegentheil wirksam gar nicht bestimmt werden kann[6]). Mit andern Worten: der Satz, neue Gesetze haben keine rückwirkende Kraft, ist so verstanden kein Rechtssatz, sondern eine Rechtswahrheit.

Wie aber, wenn nun doch ein Gesetz sich rückwirkende Kraft (in dem angegebenen Sinne, in welchem wir den Ausdruck auch im Folgenden gebrauchen

---

[5]) Gewöhnlich wird darunter etwas Anderes verstanden, so z. B. von Windscheid Pand. § 32. Es ist aber für dieses Andere der Ausdruck des Nichtrückwirkens nicht passend; was neuerdings Göppert (Iher. Jahrb. Bd. 22 S. 153) für denselben geltend macht, ist nicht durchschlagend. Denn es handelt sich dabei ja nur um die Frage, ob das alte Gesetz in den von ihm einmal bestimmten Verhältnissen auch nach dem Geltungsbeginn des neuen Gesetzes noch fortwirke oder nicht, ob es also nach seiner Aufhebung in abstracto, die es durch das neue Gesetz erfährt, in concreto, in bestimmten Verhältnissen, noch fortexistiere oder nicht. Wird dem alten Gesetz diese concrete Fortexistenz abgesprochen, so ist es dafür doch gewiss kein bezeichnender Ausdruck, zu sagen, das neue wirke zurück. Vgl. Brinz Pand. (2. Aufl.) § 21. — Rintelen (über den Einfluss neuer Gesetze u. s. w. 1877) nennt daher die Rückwirkung, wie sie oben im Text verstanden ist, die eigentliche Rückwirkung, gibt aber deren Wesen m. E. unrichtig dahin an, dass fingiert werde, das neue Gesetz habe schon zur Zeit der vergangenen Thatsache zu Recht bestanden (S. 8).

[6]) So Böcking Pand. § 95; zustimmend Brinz Pand. (2. Aufl.) I. S. 97.

wollen) ausdrücklich beilegte? Ist das „absolutes Unrecht“ (Böcking) oder „absoluter Unsinn“ (Windscheid)? Letzteres wäre richtig, wenn der Gesetzgeber nur einen theoretischen Satz hätte aussprechen wollen. In der That wird aber in dem Satze „dieses Gesetz hat rückwirkende Kraft“ eine Willensbestimmung stecken, welche auf Entziehung von Rechten, auf eine Expropriation hinausläuft, und zwar auch dann, wenn das neue Gesetz an einen schon früher dagewesenen Thatbestand eine Berechtigung mit rückwirkender Kraft im angegebenen Sinne knüpft: denn solche Gewährung könnte doch nur auf Kosten Anderer, denen also Rechte entzogen bezw. Lasten auferlegt werden, geschehen. [7]) Eine derartige Expropriation ohne Entschädigung würde allerdings materielles Unrecht sein, und wenn die Anordnung rückwirkender Kraft gewählt wäre, um den expropriativen Charakter des Gesetzes zu verschleiern, so würde auch das von Brinz (a. a. O. S. 97) gebrauchte Prädicat einer „Lüge in Gesetzesgestalt“ zutreffen.

Wenn wir sagten, dass ein Gesetz, das sich rückwirkende Kraft beilegt, in Wahrheit Rechte entziehe, so ist hinzuzufügen, dass es das nicht direct thut, sondern mittelst des Gebots, dass es auf Thatbestände angewendet werden solle, die einem Zeitraum angehören, den es mit seiner zeitlichen Geltung nicht umfasst. Will man dies Gebot dahin formulieren, dass das Gesetz so angewendet werden solle, als wenn es schon in einem früheren Zeitpunkt erlassen worden wäre, so wird dagegen nicht viel zu erinnern sein; es erhellt dann auch, wie Rintelen (oben Note 5) dazu gekommen ist, das Wesen der eigentlichen Rückwirkung neuer Gesetze in der Fiction eines früheren Bestehens des Gesetzes zu suchen. Das Unmögliches befehlende Gebot: „Dieses Gesetz soll

---

[7]) Vgl. hiezu Göppert a. a. O. S. 148, 159 f.

rückwirkende Kraft haben" hat also Wirkung, indem es in ein anderes Gebot umgedeutet wird; dieses aber richtet sich, wie das bei einem Befehl gar nicht anders sein kann, auf die Zukunft, auf zukünftige Anwendungen des Gesetzes.

Von rückwirkender Kraft in dem angegebenen Sinne wird, als von einer Ausnahme, bei Gesetzen gesprochen, die ein älteres Gesetz authentisch declarieren. Dieser Punkt wird indessen zweckmässiger in dem folgenden Abschnitte (II) behandelt.

Eine weitere Schranke ist dem Willen, wenn er im Rechtsgebiet wirksam werden will, gezogen durch die Nothwendigkeit, sich irgendwie zu äussern. Diese Nothwendigkeit besteht für den gesetzgeberischen Willen ebenso, wie im Gebiete des Privatrechts für den Einzelwillen, und sie beruht hier wie dort auf demselben Grunde.

Auf dem Gebiete des Privatrechts hat man früher den Grund dieser Nothwendigkeit wohl darin zu finden geglaubt, dass das Dasein eines rein innerlichen Willens nicht beweisbar wäre; davon ist man mit Recht wieder zurückgekommen. Neuerdings hat Windscheid[8]) folgende Begründung gegeben: das Wollen als innerer Seelenzustand sei dem Rechte gleichgiltig, nicht blos deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben habe, sondern weil seine Qualität ihm nicht genüge; die Willensbewegung, welche im Innern beschlossen bleibe, sei eine unfertige, eine Welle, welche von der nächsten Welle verschlungen werde. Ob dies psychologisch richtig sei, mag hier unerörtert bleiben; jedenfalls ist es

[8]) Wille und Willenserklärung. Eine Studie. S. 7. (Akad. Programm, abgedruckt im Archiv f. civilist. Praxis Bd. 63, S. 72 ff.)

nicht ausreichend, um die einschlägigen zweifellosen Rechtsbestimmungen zu erklären.

Eine ihrem Inhalt nach juristisch erhebliche Erklärung kann abgegeben sein und doch für das Recht nicht in Betracht kommen, wenn sie z. B. in einer dem Destinatär derselben unverständlichen Sprache geäussert ist und nicht verdolmetscht wird. Das Recht ignoriert den innerlich bleibenden Willen deshalb, weil derselbe nicht erkennbar ist; allerdings nicht deshalb, weil er für das Recht nicht erkennbar ist, sondern deshalb, weil er für die Menschen nicht erkennbar ist. Für diese aber muss der Gemeinwille auf dem Gebiete der Rechtsproduction wie der Privatwille auf dem Gebiete des Privatrechts darum erkennbar sein, weil der eine wie der andere Wille auf die Willen Einzelner bezw. auf andere Einzelwillen einwirken, dieselben irgendwie bestimmen soll. Wie anders aber kann auf den Willen eines Andern eingewirkt werden, als durch Erregung von Vorstellungen, die für den Andern Motive werden? Vorstellungen aber kann ich in einem Andern nur durch Sinneseindrücke erregen. Ich kann also auf einen andern Willen nur wirken, indem ich auf die Sinne eines Andern in einer Weise einwirke, die in dem Andern eine bestimmte Vorstellung erregt.

Dem entspricht es nun vollständig, dass es für das Recht keineswegs schon genügt, dass die Willensbewegung „aus der Person hinausgesetzt“, dass sie „der Aussenwelt hingegeben“ ist. Es muss dies vielmehr in einer Weise geschehen sein, dass eine Einwirkung auf andre Willen, mithin auf die Vorstellung Anderer, möglich ist; welches oder welcher Andrer, richtet sich nach dem Zweck, den eine Willensbestimmung erreichen will.

Wenden wir dies an auf den gesetzgeberischen Willen.

Der begriffliche Zweck eines jeden Gesetzes ist, irgendwie, unmittelbar oder mittelbar, verbindliche Normen zu geben für alle die es angeht, also für

eine von vornherein unbestimmte Zahl von Individuen. Daraus ergibt sich, dass das vollständig redigierte, mundierte, vom Landesherrn unterschriebene Gesetz, so lange es noch im Cabinet des Fürsten liegt, für das Recht ganz irrelevant ist. Die Unterschrift des Regenten ist zwar ein relevanter Act innerhalb des gesetzgeberischen Processes, aber sie ist nicht der Schlussact, und erst mit diesem beginnt das Gesetz, Aenderungen in der Welt des Rechts zu bewirken, Rechtsquelle zu sein. Die den Erlass eines Gesetzes bezweckende Willensbestimmung kann sich nicht auf beliebige, sie muss sich in einer dem begrifflichen Zweck des Gesetzes entsprechenden Weise äussern. Dem Zweck entspricht hier eine Erklärung, von welcher Kenntniss zu nehmen allen Mitgliedern der Rechtsgenossenschaft möglich ist. Eine solche Aeusserung heisst ganz passend Publication: sie macht das Gesetz in ähnlichem Sinne zum „Gemeingut", wie die res publicae durch publicatio zum Gemeingebrauch hingegeben werden, nämlich der Möglichkeit nach.

Hiernach kann kein Gesetzgeber verordnen, dass seine Gesetze ohne jede Publication verbindliche Kraft haben sollen; es wäre das einfach unausführbar. Der Satz, welcher nur im Allgemeinen ausspricht, dass Gesetze publiciert werden müssen, ist wiederum kein positiver Rechtssatz, sondern ein Lehrsatz aus der allgemeinen Rechtslehre.

Es kann aber der Zweck, den die Publication verfolgt, auf verschiedenem Wege erreicht werden, und daraus ergibt sich die Möglichkeit, dass allerdings positive Rechtssätze des öffentlichen Rechts über die Publication, nämlich über das Wie derselben, Bestimmung treffen. Ein derartiger Rechtssatz enthält einen Befehl für diejenigen, denen für die Publication der Gesetze zu sorgen obliegt, sie in dieser und keiner andern Weise zu besorgen; für diejenigen, welche die Gesetze im Namen des Staates zu handhaben berufen sind, ein

Verbot, das ihnen etwa anderweit, möglicherweise mittelst vorschriftswidriger Publication, bekannt gewordene aber in der vorgeschriebenen Weise nicht publicierte Gesetz anzuwenden.

Auch der erklärte Wille ist sich selbst gegenüber rechtlich frei und folglich abänderlich. Er ist aber so lange nur sich selbst gegenüber, als Niemand da ist, dem er gebunden wäre. Auch dies gilt von dem Willen des Einzelnen (einseitige Willenserklärungen), wie von dem des Gesetzgebers.

Dass der Wille des Gesetzgebers sich selbst gegenüber frei ist, ist in dem Satze *lex posterior derogat priori* — der auch kein Rechtssatz, sondern eine Rechtswahrheit ist [9]) — zwar nicht direct ausgesprochen, liegt aber demselben als Voraussetzung zu Grunde. Es frägt sich aber: kann der Gesetzgeber sich nicht ebenso binden, wie der Vollmachtgeber z. B. sich binden kann, binnen bestimmter Zeit die Vollmacht nicht zu widerrufen? Hat ein Gesetzesparagraph, welcher lautet: was in diesem Gesetze bestimmt ist, kann innerhalb der nächsten fünf Jahre gesetzlich nicht geändert werden, nicht einen wenigstens diesen Gesetzgeber bindenden Inhalt?

Dies wird bejaht von v. Martitz in der oben (Note 2) bezeichneten Abhandlung. Es müsse, sagt er dort S. 264, als zulässig gelten, dass durch eine gesetzliche Bestimmung, so lange sie besteht, d. h. so lange es nicht gelingt, sie zu abrogieren, darüber verfügt wird, worüber und wie ein zukünftiges Gesetz disponieren soll oder darf oder nicht darf.

---

[9]) Als Rechtswahrheit ist der analoge Satz des Privatrechts hingestellt in l. 22 pr. de leg. III: *suprema voluntas potior habetur, nemo enim sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.*

Prüfen wir die Frage zunächst von der Voraussetzung aus, dass das Staatsoberhaupt für sich allein, ohne die Mitwirkung von Ständen oder Kammern, Gesetzgeber ist. Worin besteht seine Gebundenheit? Wem gegenüber ist er gebunden? Welches sind die Folgen, wenn er die Gebundenheit nicht achtet?

Die Gebundenheit kann nicht den Sinn haben, dass diejenigen, welche das erste Gesetz angeht, nun das Recht hätten, das zweite — abändernde Gesetz als nicht existierend zu behandeln. Dies würde eine Gebundenheit des Gesetzgebers gegenüber denjenigen, die dem gesetzgeberischen Imperativ unterliegen, in sich schliessen, welche mit dem Wesen der Gesetzgebung nicht verträglich ist.

Nicht einmal darin besteht die Gebundenheit des Gesetzgebers, dass er, um eine Aenderung des ältern Gesetzes vornehmen zu können, den die Aenderung untersagenden Paragraphen vorher durch besonderes Gesetz oder auch nur ausdrücklich aufheben müsste. v. Martitz selbst anerkennt (S. 263), dass die Aufhebung auch implicite geschehen könne. Das heisst doch wohl so viel, als: in der Weise, dass die für unzulässig erklärte gesetzliche Aenderung einfach vorgenommen wird.

Hiemit ist nun aber jede Gebundenheit in Wahrheit beseitigt; denn das soeben Abgelehnte ist das Minimum von Gebundenheit. Wer eine einem früheren Gesetz widersprechende Bestimmung treffen kann, sobald er will und wie er will: der ist in dieser Beziehung eben einfach gar nicht gebunden [10]. Lässt

[10]) Dies ist auch gegen Windscheid zu bemerken, welcher (Pand. § 18 Note 3) sagt: „wenn ein Gesetz etwa bestimmen wollte, dass jedes über die vom Gesetz geordnete Materie künftig zu erlassende, widersprechende Gesetz unverbindlich sein solle, so würden damit der Gesetzgebung nicht die Hände gebunden sein, dennoch Widersprechendes zu

sich aber Niemand finden, dessen praktisches Verhalten durch einen Paragraphen des bezeichneten Inhalts in irgend einer Weise bestimmt werden kann, so scheint es klar zu sein, dass ein derartiger, wenn schon in der Form eines Gebotes auftretender Satz doch kein Recht zu erzeugen vermag, kein Rechtssatz ist.

Damit erledigt sich auch Windscheids Bemerkung (a. a. O.): „Der Gesetzgeber kann das bestehende Recht aufheben; aber er kann nicht bewirken, dass bestehendes Recht nicht bestehendes Recht sei.“ Dass ein Gesetz innerhalb bestimmter Zeit nicht abänderbar sei, kann nach dem Gesagten eben so wenig bestehendes Recht sein, als dass ein Gesetz niemals abänderbar sei.

Nicht anders verhält es sich, wenn ein Gesetz die künftige Action des Gesetzgebers in positiver Weise dirigiert und bestimmt, dass und in welcher Richtung künftig ein Gesetz gegeben werden solle. Eine derartige Gesetzesbestimmung hat ebensowenig rechtliche Bindekraft, als irgend eine private Aeusserung des Gesetzgebers, dass er in diesem oder jenem Sinne ein Gesetz erlassen wolle.

Wirkung können alle derartigen Aeusserungen, positive wie negative, gleichwohl haben, nur ist dieselbe nicht rechtlicher Art. Eine solche Aeusserung im Gesetz wird allerdings ein sehr starkes Motiv für den Gesetzgeber sein, ein Gesetz nicht zu ändern oder ein bestimmtes Gesetz zu erlassen; mehr aber nicht. Eben diese Wirkung kann aber ein derartiges Gesetz auch auf

---

bestimmen, aber sie müsste allerdings zu diesem Ende das die Geltung eines Gesetzes ausschliessende Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend aufheben.“ Die stillschweigende Aufhebung kann doch wohl nur darin bestehen, dass die spätere Gesetzgebung thatsächlich dazu vorschreitet, Widersprechendes zu bestimmen. Wenn Jemand, um Widersprechendes bestimmen zu können, nur Widersprechendes zu bestimmen braucht, so ist er eben in keiner Weise daran gehindert.

einen andern Gesetzgeber haben; es kommt nur auf sein Verhältniss zum früheren an.

Was von der Freiheit des unbeschränkten Gesetzgebers, sich selbst und früheren Gesetzgebern gegenüber, hinsichtlich des Inhalts von Gesetzen gilt, das gilt auch hinsichtlich der Form des Ausdrucks des gesetzgeberischen Willens. Wenn es daher in l. 7 C. de leg. (1, 14) heisst, dass Gesetze auf facta praeterita nur dann bezogen werden sollen, wenn *nominatim etiam de praeterito tempore cautum sit:* so sind dadurch weder künftige Gesetzgeber, noch die Kaiser, die die l. 7 cit. erlassen haben, gehindert gewesen, ihren Willen, dass eines ihrer Gesetze rückwirkende Kraft haben solle, auch anders als nominatim zum Ausdruck zu bringen. Es ist der Auslegung, wenn sie einen derartigen Willen erkannt hat, gar nicht einmal erlaubt, zu sagen: der Gesetzgeber hat hier zwar rückwirkende Kraft gewollt, dies auch zu erkennen gegeben, aber nicht in der von dem früheren Gesetz vorgesehenen Form [11]).

Erwägen wir jetzt dieselbe Frage unter der Voraussetzung, dass es mehrere Personen sind, welchen an der Gesetzgebung eine juristische Mitwirkung zukommt, z. B. der Landesherr und zwei Kammern. Dem persönlichen Willen des Landesherrn, dem durch Abstimmung ermittelten Collectivwillen der einen und der andern Kammer steht hier allerdings der Wille des Gesetzgebers als ein höherer Wille gegenüber. Hier ist also eine rechtliche Bindung, gleichviel von welcher Stärke, möglich, und insoweit ist zuzugeben, dass in constitutionellen

---

[11]) In der Verwerfung des *nominatim* erfreue ich mich der Uebereinstimmung mit Windscheid, Pand. § 32 Note 2: „das nominatim geht übrigens zu weit". Inwiefern aber ein gesetzgeberischer Ausspruch durch die einfache Bemerkung, derselbe gehe zu weit, den Anspruch auf Befolgung verliere, ist von Windscheid nicht begründet worden.

Staaten Gesetze der besprochenen Gattung einen verbindlichen Inhalt haben. Es frägt sich aber, ob hiedurch dem Grundsatz, dass der Gesetzgeber sich selbst gegenüber frei ist, dass er durch Gesetz für die Zukunft nicht vinculiert werden kann, Abbruch gethan ist?

Dies ist aus dem einfachen Grunde zu verneinen, weil der Gesetzgeber ein anderes Subject ist, als jeder einzelne der zusammenwirkenden Factoren.

Halten wir uns an das von v. Martitz (a. a. O. S. 267) herangezogene Beispiel des Reichsgesetzes vom 29. Februar 1876, betr. das Etatsjahr für den Reichshaushalt. Durch dieses Gesetz wird der Beginn des Etatsjahres von 1877 an auf den 1. April festgesetzt, und damit allerdings eine rechtsverbindliche Anordnung nicht blos für die die Aufstellung des Etats besorgenden Beamten, sondern auch für Bundesrath und Reichstag gegeben. Es ist v. Martitz gewiss beizupflichten, wenn er die Frage: ob der Reichstag auch gegenüber dem widersprechenden Bundesrath, und vice versa, die Annahme eines eingebrachten Budgets von der Abänderung jenes Termins abhängig zu machen befugt sei, verneint. Aber seine Meinung, dass die Frage, um die es sich handelt, so laute, scheint uns ein Irrthum zu sein. Dieselbe lautet vielmehr so: wenn Reichstag und Bundesrath übereinstimmend ein Budget mit anderm Anfangstermin beschliessen, ist dadurch dann jenes Gesetz vom 29. Februar 1876 stillschweigend aufgehoben oder nicht? Letzterenfalls würde der Kaiser nach Art. 17 der Verfassung des deutschen Reichs das Recht und die Pflicht haben, die Ausfertigung und Verkündigung dieses Haushaltsgesetzes zu verweigern; ersterenfalls nicht. Wir sind der zuerst erwähnten Meinung, und auch v. Martitz theilt sie; er glaubt aber, das treffe die Frage nicht. Aber die von Martitz behandelte Frage „ob es zulässig sei, dass durch eine gesetzliche Bestimmung darüber verfügt wird, ob, worüber und wie ein künftiges Gesetz

disponieren soll oder darf oder nicht darf" kann ich nur so verstehen: wird dadurch der Gesetzgeber wirksam gebunden? Denn dass dadurch irgend Jemand gebunden wird, versteht sich von selbst überall da, wo der Gesetzgeber selbst nicht der Einzige ist, an den sich der Imperativ richten kann, und das ist, wie bemerkt, bei constitutioneller Verfassung der Fall. Das Gesetz vom 26. Februar 1876 drückt sich denn auch gar nicht so aus: „Die künftigen Etatsgesetze sollen mit dem Termin vom 1. April bis 31. März erlassen werden", sondern die Fassung desselben: „Das Etatsjahr beginnt vom 1. April 1877 ab mit dem 1. April und schliesst mit dem 31. März jedes Jahres" lässt der correcten Auffassung Raum, dass hier der Gesetzgeber nicht sich selbst, sondern Anderen einen Befehl ertheilt, nämlich den betreffenden Angestellten der Reichsverwaltung, schliesslich auch dem Bundesrathe; und dass der Inhalt des Befehls nicht dahin geht, ein Gesetz (ob im materiellen oder nur im formellen Sinn, bleibe dahingestellt) mit bestimmtem Inhalt zu erlassen, sondern eine Vorlage mit einem bestimmten Inhalt dem Gesetzgeber zur Beschlussfassung rechtzeitig vorzulegen.

Ist nun anzuerkennen, dass vermöge der Beschaffenheit des gesetzgebenden Subjects in constitutionellen Staaten die Gesetze, welche sich auf Erlass oder Nichterlass oder den Inhalt künftiger Gesetze beziehen, in gewisser Richtung verbindliche Kraft haben, so frägt sich, was diese Bindungskraft im Falle der Zuwiderhandlung bewirkt dann, wenn der bezeichneten gesetzlichen Bestimmung keine Sanction (im römischen Sinne) beigefügt ist? Nichts weiter, als dass von der Handlung resp. Unterlassung des Gebundenen Rechtswidrigkeit prädiciert werden kann. [12]) Der entgegenstehende gesetzgeberische Act, das gesetzgeberische Unterlassen wäre aber nicht rechtswidrig, und zwar des-

[12]) Vgl. v. Martitz a. a. O. S. 267.

halb nicht, weil ein Verbot resp. Gebot an den Gesetzgeber nicht gerichtet werden konnte, nicht gerichtet worden war und folglich von ihm auch nicht übertreten werden konnte.

Vom Standpunkt der Gesetzgebungstechnik, deren oberstes Princip doch das wird sein müssen, dass Form und Inhalt des Gesetzes sich möglichst decken, empfiehlt es sich, dass dergleichen Gesetzesbestimmungen, wenn man sie nicht ganz entbehren zu können glaubt, in derjenigen Form aufgestellt werden, die ihrem Inhalt entspricht. Eine solche Bestimmung erscheint dann nicht als ein iussum generale, sondern als lex specialis für einen oder mehrere Beamte, eine politische Körperschaft u. s. w.; eine solche Fassung lässt auch keinen Zweifel über die verantwortliche Person, wenn dem Gesetz nicht nachgelebt wird. Auch hierin könnten die Römer uns Muster sein. [13])

Beschränkt ist die Macht des Gesetzgebers auch hinsichtlich der Rechtsquellen, insbesondere was das Verhältniss von Gesetz und Gewohnheit [14]) zu einander betrifft.

---

[13]) Im Fragm. Tudertinum (Bruns, fontes (4. Aufl.) p. 128) wird nicht bestimmt: Dies Gesetz soll nicht abgeändert werden, sondern der Befehl richtet sich an die jetzigen und künftigen Magistrate: *ne quis hanc rogationem abrogato, neve huic rogationi obrogato neve de hac lege derogato . . . .;* also nicht an das Subject der gesetzgebenden Gewalt.

[14]) Ob die das Gewohnheitsrecht producierende, dem Gesetze parallele Rechtsquelle als „Gewohnheit“ zu bezeichnen sei, darüber mag man streiten. Will man diese Bezeichnung deswegen nicht, weil nicht jede Gewohnheit Recht erzeugt: so kann man ja sagen „Rechtsgewohnheit“; übrigens müsste man dann auch an der Bezeichnung „Gesetz“ Anstoss nehmen, denn es gibt auch „Gesetze“, die kein Recht erzeugen, wie z. B. die Naturund die Denkgesetze. Darüber aber ist kein Streit möglich, dass die Quelle des Gewohnheitsrechts nicht das Gewohnheitsrecht sein kann. Gleichwohl findet sich in hervorragenden

Schon darüber hat der Gesetzgeber keine Gewalt, wie viele Arten von Rechtsquellen es gebe. Sofern man nämlich unter „Rechtsquelle" dasjenige versteht, wodurch der das Recht schaffende Wille der Gemeinschaft zum Ausdruck kommt, kann es nur zwei Hauptarten von Rechtsquellen geben, nicht mehr, aber auch nicht weniger: so gewiss jeder Wille entweder in Worten oder in Handlungen sich äussern muss, wenn er sich äussert. [15]) Es ist also durch das Wesen des objectiven Rechts als einer Schöpfung des Willens gegeben, dass diese beiden, Gesetz (im weitesten Sinne) und Gewohnheit, Rechtsquellen sind. Etwas anderes ist natürlich die Frage, ob bei einem bestimmten Volke in einer bestimmten Zeit beide Rechtsquellen in Thätigkeit sind, oder nur die eine, oder die eine in höherem Grade als die andere; und ganz von selbst versteht sich, dass Art und Gestalt der gesetzlichen Rechtsproduction sehr verschieden gestaltet sein kann. Dass es aber die beiden ge-

---

Werken über das Pandektenrecht, dass unter die Rechtsquellen subsumiert werden: I. Gesetz, II. Gewohnheitsrecht; so bei Windscheid und früher schon bei Savigny und Keller. Dernburg (Pand. I, S. 51) sagt zwar ganz richtig: „Rechtsquellen . . . . sind Gesetze und Gewohnheiten", aber dennoch entschlüpft ihm S. 56 ib. (§ 26) der Satz: „Die älteste Rechtsquelle ist das Gewohnheitsrecht". Puchta klassificiert formell richtig Gewohnheitsrecht, gesetzliches Recht, Recht der Wissenschaft; dazu passt aber nicht die Ueberschrift von Buch I Kap. 1: „Die Rechtsquellen."

[15]) Vgl. Brinz, Pandekten (2. Aufl.) § 2. — Auch die ganz kürzlich erschienene Schrift von O. Bülow: „Gesetz und Richteramt" (1885) hat mich zu keiner andern Ansicht bekehrt. Dass das Richteramt bei allen Völkern an der Rechtsbildung wesentlich betheiligt gewesen ist (S. 16), wird ja wohl von Niemand bezweifelt. Fraglich ist das, ob wir es dabei mit einer Rechtsquelle sui generis zu thun haben. Nun versteht man zweifellos unter „Recht", wenn man von „Rechtsquelle" spricht, das Recht in abstracto, nicht das in dem concreten Fall verwirklichte Recht. Solches abstractes Recht producieren Richtersprüche nur durch constante Wiederholung, und stellen sich damit unter das genus Rechtsgewohnheit; allerdings bilden sie innerhalb dieses genus eine sehr eigenartige species. Dass bei dieser Auffassung die Bedeutung richterlicher Rechtsproduction verkannt werde (Bülow S. 19, 44), vermag ich nicht einzusehen.

dachten Rechtsquellen der begrifflichen Möglichkeit nach gebe, und nicht mehr, muss für das Recht eines jeden Volkes wahr sein.

Mit dem Verhältniss der beiden Rechtsquellen zu einander verhält es sich nicht anders, als mit der Frage, wie viele Rechtsquellen es gibt. Dieses Verhältniss ergibt sich aus dem Wesen der beiden Rechtsquellen; es bestimmt sich nach dem, was sie sind, und unterliegt nicht der Verfügung der einen von ihnen.

Daraus folgt, dass wenn der Gesetzgeber über dieses Verhältniss einen Ausspruch thut, diesem der Charakter eines Rechtssatzes nicht zukommt, gleichviel, ob der Gesetzgeber eine wirkliche Rechtsbestimmung treffen oder blos ein Urtheil abgeben wollte.

Setzen wir einmal voraus, das Verhältniss der beiden Rechtsquellen sei das der Parität, und es habe folglich, wie das Gesetz gegenüber dem Gewohnheitsrecht, so die Gewohnheit gegenüber dem gesetzlichen Recht derogatorische Kraft. [16]) Würde nun der Gesetzgeber bestimmen, dass dem Gesetz gegenüber dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft nicht zukomme, so würde ihm dadurch eine Degradierung der Rechtsquelle doch keineswegs gelingen. Besten Falls nämlich liesse sich die fragliche Bestimmung dahin umdeuten, dass sie — da an eine Bindung künftiger Gesetzgeber nicht gedacht werden kann — aufgefasst wird als ausgesprochener Vorsatz des Gesetzgebers, keine einem Gewohnheitsrecht zuwiderlaufende gesetzliche Bestimmung zu erlassen. Das würde aber keinerlei Bindung des Gesetzgebers bewirken; jedes neue von demselben Gesetz-

[16]) „Die Gewohnheit hat gegenüber dem gesetzlichen Recht derogatorische Kraft“ will sagen: sie hat die Kraft, auch Recht, welches gesetzlichem Recht widerspricht, und folglich als jüngeres Recht dieses aufhebt, zu erzeugen. Will man die Sache lieber so ausdrücken, dass dem Gewohnheitsrecht derogierende Kraft zukomme, so ist dagegen nichts einzuwenden; nur muss man dann auch sagen „derogierende Kraft des gesetzlichen Rechts“.

geber erlassene und einem Gewohnheitsrechte zuwiderlaufende Gesetz würde stillschweigend das über das Verhältniss von Gesetz und Gewohnheit ergangene Gesetz aufheben.

Würde aber, unter derselben Voraussetzung, der Gesetzgeber bestimmen, dass der Gewohnheit gegenüber gesetzlichem Recht derogatorische Kraft nicht zukomme: so scheint in solchem Falle die Machtlosigkeit des Gesetzgebers noch viel einleuchtender zu sein. Kann der Gesetzgeber an dem bestehenden Verhältniss der Rechtsquellen nicht einmal zu seinem Nachtheil etwas ändern, so wird er es noch weniger zu seinem Vortheil können: so wenig als Jemand im Stande ist, seiner Leibeslänge eine Elle zuzusetzen.

Einem derartigen Gesetze könnte auch in der Weise keine Wirksamkeit verschafft werden, dass man als Inhalt desselben ansähe ein Verbot, Gewohnheitsrecht zu producieren. Ein solches Verbot würde, auch wenn es expressis verbis erlassen wäre, verbindliche Kraft um deswillen nicht erlangen können, weil die Imperative der Gesetze sich an die Einzelnen richten [17]), die Einzelnen als solche aber nicht Gewohnheitsrecht producieren. Es bliebe übrig, ein Verbot an die Einzelnen des Inhalts anzunehmen, keine Uebungen vorzunehmen, aus denen sich im Lauf der Zeit möglicher Weise Gewohnheitsrecht entwickeln könnte. Allein es liegt auf der Hand, dass ein solches Gebot nicht befolgt werden kann, denn es würde den Verkehr, das praktische Leben in Fesseln schlagen, die von diesen schlechterdings nicht ertragen werden könnten.

---

[17]) Nicht an die Gesammtheit, wie v. Martitz a. a. O. S. 249 sagt; wohl aber an alle Einzelnen die es angeht. Die Gesammtheit als solche kann ein Gesetz gar nicht befolgen. Dass nach germanischer Anschauung auch der Monarch unter dem Gesetze steht, beweist nicht mehr, als dass das Gesetz sich nicht blos an die Unterthanen richtet.

Was ein derartiges Gesetz bewirken könnte, wäre nur ein Faktisches, nämlich dies, dass Richter auf Grund des Rechtsirrthums, dass ein solches Gesetz rechterzeugende Kraft habe, dem nach und trotz jenem Gesetz producierten Gewohnheitsrecht die Anerkennung und die Anwendung versagen.

Bruns begründet seine Ansicht, dass das Gesetz principiell die höhere Rechtsquelle sei, unter Anderm auch mit einem Satz, der in diese unsre gegenwärtige Betrachtung einschlägt. Er sagt: [18]) „Der Staat kann seinen Richtern verbieten, Gewohnheiten zu berücksichtigen. Es kann das thöricht und unpolitisch sein, aber widersinnig ist es nicht. Dagegen die Beachtung seiner Gesetze verbieten, wäre einfach Unsinn.“ Es kann hienach scheinen, als könne einem Gesetz, welches die Rechtsquelle der Gewohnheit für die Zukunft aufhebt, in der Weise Wirksamkeit verschafft werden, dass man dasselbe umdeutet in ein Verbot an die Richter, künftig entstehende Gewohnheiten zu berücksichtigen. Dies ist aber nicht der Fall.

Ein Verbot an den Richter, künftige Gewohnheiten zu berücksichtigen, ist nichts Anderes, als ein Verbot, künftiges Gewohnheitsrecht anzuwenden; denn Gewohnheiten, die noch kein Gewohnheitsrecht erzeugt haben, muss der Richter auch ohne Verbot unberücksichtigt lassen. Ein Verbot an den Richter, künftiges Gewohnheitsrecht anzuwenden, trifft nun aber gar nicht die Entstehung des Gewohnheitsrechts, setzt vielmehr voraus, dass ein solches entstanden ist und entstehen kann; und ein Verbot an den Richter, künftiges Recht anzuwenden, wird unverbindlich sein, gleichviel ob Gesetz oder Gewohnheit Quelle dieses künftigen Rechtes ist.

Windscheid hat, obwohl er principiell noch immer an der Gleichwerthig-

---

[18]) In der Darstellung des heutigen röm. Rechts in v. Holtzendorffs Encyclopädie § 7.

keit beider Rechtsquellen und an der derogatorischen Kraft der Rechtsgewohnheit gegenüber gesetzlichem Recht festhält (vgl. Pand. § 18 am Anfang), in den neueren Auflagen (4. u. 5.) seiner Pandekten daraus doch nicht mehr die volle Consequenz gezogen, indem er jetzt den Satz aufstellt: „keine Kraft hat das Gewohnheitsrecht, soweit es durch Gesetz für unverbindlich erklärt ist" (§ 18 a. E.). Damit soll ohne Zweifel gesagt sein, dass der Rechtsgewohnheit die ihr an und für sich zukommende rechtproducierende Kraft durch gesetzliche Bestimmung entzogen werden könne, und es ist dabei gedacht an Gewohnheiten, welche dem gesetzlichen Recht widersprechendes Gewohnheitsrecht erzeugen würden. Gewiss ist solches möglich, und zwar unter denselben Voraussetzungen, unter denen auch einem Gesetz die rechtproducierende Kraft genommen werden kann, dann nämlich, wenn solches durch Gesetz eines übergeordneten Gemeinwesens bestimmt wird. Soweit nach der Verfassung des deutschen Reiches preussischen, bayrischen u. s. w. Gesetzen die rechtproducierende Kraft entzogen ist, soweit haben ganz sicher auch preussische, bayrische u. s. w. Rechtsgewohnheiten keine rechtproducierende Kraft. Die Frage ist aber die, ob innerhalb desselben Gemeinwesens und unter Voraussetzung der Coordination der beiden Rechtsquellen der Rechtsgewohnheit die rechtproducierende Kraft durch Gesetzesbestimmung entzogen werden könne, und das scheint uns Windscheid keineswegs dargethan zu haben.

Er sagt (a. a. O. Note 3): „ein Gesetz, welches die verbindliche Kraft künftiger Gewohnheiten ausschliesst, kann, wie durch Gesetz, so auch durch Gewohnheit aufgehoben werden; aber so lange dies nicht geschehen ist, ist es Rechtens, dass die in der Gewohnheit hervorgetretene Rechtsüberzeugung nicht Recht sei. Einem solchen Gesetze gegenüber reicht also nicht hin die Uebung einer Rechtsüberzeugung überhaupt, sondern es muss ausserdem vorliegen die Uebung

der Rechtsüberzeugung, dass das Gesetz nicht gelte". Dem würde der Satz entsprechen, dass ein Gesetz, welches einem künftigen widersprechenden Gesetze die rechterzeugende Kraft abspricht, nur durch ein besonderes, eben dieses aussprechende Gesetz aufgehoben werden kann, also nicht stillschweigend, wie Windscheid unmittelbar vorher (s. oben Note 10) anerkannt hat. In Wahrheit hat Windscheid auf diesem Punkte die Coordination der beiden Rechtsquellen aufgegeben.

Wir müssen aber des Weiteren noch finden, dass Windscheid, indem er das Hinzukommen jener zweiten Uebung verlangt, etwas ganz Unmögliches verlangt.

Wenn einem Gesetz von dem hier in Frage stehenden Inhalt gegenüber dennoch Rechtsgewohnheiten sich bilden, so kann darin zugleich die Ueberzeugung zum thatsächlichen Ausdruck gelangen, dass jenes Gesetz nicht gelte: dann nämlich, wenn der Inhalt jenes Gesetzes in der Vorstellung der Uebenden präsent ist. Wie aber die Ueberzeugung von der Nichtverbindlichkeit eines solchen Gesetzes durch Uebung (d. h. durch thatsächliches Verhalten, nicht durch Worte) noch in anderer Weise kundgegeben werden könne, als so, dass man eben jenes Gesetzes ungeachtet irgendwelche Rechtsüberzeugung übt, vermögen wir uns nicht vorzustellen; es gibt unseres Erachtens gar keinen Uebungsact, durch welchen lediglich die Ueberzeugung von der Nichtverbindlichkeit eines die Entstehung künftigen Gewohnheitsrechtes untersagenden Gesetzes zum Ausdruck kommen könnte, so dass er keinen weitern Inhalt hätte. [19])

Dem Ausspruch des Gesetzgebers über das Verhältniss der beiden Rechtsquellen zu einander kommt übrigens die Bedeutung eines Rechtssatzes, einer

[19]) Dies meint wohl auch Zrodlowsky, wenn er (Pand. I S. 21) sagt, die Unterscheidung der beiderlei Uebungen sei thatsächlich unmöglich.

den Willen bindenden Norm, auch dann nicht zu, wenn sein Inhalt mit dem in Wirklichkeit bestehenden Verhältniss in Uebereinstimmung ist. Derartige gesetzliche Aussprüche können somit nur einem Zwecke dienen: dem Rechtsirrthum in dieser Materie in wirksamerer Weise, als es der Wissenschaft gelingen mag, vorzubeugen, bzw. ihn zu beseitigen.

Es sollen jetzt noch einige Folgerungen aus dem Gesagten gezogen werden.

Wenn der Art. 1 des D. H.-G.-B. wirklich — was bekanntlich bestritten ist [20]) — der Handelsgewohnheit gegenüber seinen eigenen Bestimmungen die derogatorische Kraft abspricht, so hat der Art. 1 insoweit keinen rechtsverbindlichen Inhalt. Denn entweder entspricht dies dem ohnehin bestehenden Verhältniss zwischen Gesetz und Gewohnheit: dann ist der Satz weiter nichts als eine richtige Aussage. Oder es entspricht dem wirklichen Verhältniss nicht: dann ist der Satz, je nach den Intentionen des Gesetzgebers, eine unrichtige Aussage, oder ein rechtlich wirkungsloser Versuch [21]), dem Gesetz grössere Kraft beizulegen als ihm innewohnt.

Der Art. 2 der Verfassung des deutschen Reichs bestimmt, dass die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Damit ist auch verordnet, dass Reichsgesetze den Landesgewohnheiten vorgehen, und zwar auch in dem Sinne, dass den Reichsgesetzen auch durch künftige particuläre Gewohnheiten (wie durch künftige particuläre Gesetze) nicht derogiert werden kann. Wäre aber in diesem Artikel auch das verordnet, was Thöl behauptet [22]) was aber aus den Worten und dem Zusammenhang allerdings nicht zu entnehmen

[20]) Vgl. Thöl, Handelsrecht I, S. 76 f. (5. Aufl.)
[21]) Was ein solches Gesetz de facto zu bewirken vermag, ist oben S. 22 bemerkt.
[22]) Handelsrecht I, S. 77.

ist [23]), dass es kein den Reichsgesetzen widerstreitendes Recht irgend einer Art geben solle, dass also Reichsgewohnheiten den Reichsgesetzen nicht derogieren sollen: so hätte auch die Reichsverfassung damit etwas bestimmt, was ihre Kräfte übersteigt. Denn dass das Entstehen von Gewohnheitsrecht, welches als Reichsgewohnheitsrecht zu qualificieren wäre, wegen Mangels der factischen Voraussetzungen dafür, eine höchst unwahrscheinliche Sache ist [24]), hat natürlich mit der Frage, die uns hier beschäftigt, nichts zu thun.

Weiter ergibt sich Folgendes. Wenn in einem Gesetzbuch über das Verhältniss der Rechtsquellen zu einander sich widersprechende Sätze enthalten sind, so sind solche Widersprüche nicht in derselben Weise zu behandeln, wie in dem Falle, wo die sich widersprechenden Sätze wirkliche Rechtssätze sind. Widersprechen sich wirkliche Rechtssätze, so erachten wir diejenige Behandlungsweise für correct, welche (mit Windscheid I, § 23) sagt: die eine Bestimmung gilt so viel als die andere, beide heben sich also auf, und es ist zu entscheiden, wie wenn keine Bestimmung da wäre. Diese Behandlungsweise ist deswegen correct, weil hier wirklich Wille gegen Wille, Kraft gegen Kraft steht. Stehen sich aber widersprechende Urtheile (im logischen Sinne) gegenüber, so frägt es sich einfach: welches ist das richtige? Dieses kann in der

---

[23]) Bleibt man nämlich bei den Worten, „dass die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen", stehen, so ist über das Verhältniss von Gesetzen zu Gewohnheiten überhaupt nichts bestimmt. Verbindet man aber mit dem Wort „Gesetze" in diesem Zusammenhang den Begriff „Recht" (objectiven Sinnes), so ist Bestimmung getroffen über das Verhältniss von Reichsrecht zu Landesrecht, aber nicht über das Verhältniss von Reichsgesetz zu Reichsgewohnheit. Das Wort „Gesetz" steht in dem Sinne von „Recht" auch (und zwar im Singular) im § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes (vgl. Art. 86 der preussischen Verfassungsurkunde).

[24]) Aus diesem Grunde kann man Thöl beistimmen, wenn er den Streit über Art. 1 D.-H.-G.-B. seit dem Inkrafttreten der Reichsverfassung für unpraktisch erklärt.

ihm als Urtheil zukommenden Geltung durch ein falsches Urtheil (oder einen diesem gleichzustellenden intendierten Rechtssatz, der kein Recht zu schaffen vermag) nicht berührt werden, wie andererseits ein falsches Urtheil der Geltung auch dann ermangelt, wenn ihm ein entsprechendes richtiges Urtheil im Gesetzbuch nicht entgegensteht.

Aus dem Gesagten ergibt sich denn auch unsre Stellung zu der vielbesprochenen l. 2 C. quæ sit longa cons. (8, 52). Wir nehmen mit Keller (Pandekten § 3 Note 7) an, dass dieses Gesetz der Gewohnheit ganz allgemein die derogatorische Kraft gegenüber gesetzlichem Recht abspricht, und also mit der l. 32 § 1 de legib. allerdings im Widerspruch steht. Die Versuche, diesen Widerspruch hinwegzüinterpretieren, sind nicht befriedigend [25]) und wir stimmen mit Keller auch darin überein, dass es einer Vereinigung gar nicht bedarf.

---

[25]) Die Meisten legen in das Gesetz willkürlich etwas hinein; so auch der Versuch von Sturm, der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit (1877) S. 33 f. Der neueste Vereinigungsversuch ist von A. Schmidt in dem Programm „zur Lehre vom Gewohnheitsrecht" (1881) S. 25 f. Hier wird der Satz *consuetudo non vincit legem* aus dem Zusammenhang der Stelle losgelöst, und indem nun zu diesem Satz ein doppelter Gegensatz: *„sed vincit lex consuetudinem"* und *„nec vincit lex consuetudinem"* als möglich gedacht, davon aber der erste zurückgewiesen, der zweite angenommen wird, wird als Sinn der Bestimmung dies gefunden, dass lex und consuetudo sich gleich stehen. Damit will sich nun aber der Zusammenhang nicht wohl vertragen. Denn das Gesetz will doch einer übertriebenen Werthschätzung der Gewohnheit entgegentreten, ihr gegenüber das richtige Verhältniss betonen. Nach Schmidts Ansicht würde sich das Gesetz gegen solche wenden, welche der consuetudo stärkere Kraft als dem Gesetz zuschrieben in dem Sinne, dass zwar der Gewohnheit gegenüber dem gesetzlichen Recht, nicht aber dem Gesetz gegenüber dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft zukomme. Solchen würde gesagt: die Rechtsgewohnheit hat keine höhere Dignität als das Gesetz; allerdings auch das Gesetz keine höhere Dignität als die Rechtsgewohnheit. Dass aber zur Zeit Constantins eine derartige Ueberschätzung des Gewohnheitsrechts vorgekommen sei, scheint uns ganz unglaublich zu sein. — Uebereinstimmend bezüglich der l. 2 cit. Wendt a. a. O. (oben Note 1) S. 325 ff., bes. 327.

Aber nicht deshalb, weil diese Bestimmung einen Rechtssatz des ius publicum enthielte, sondern weil sie überhaupt keinen Rechtssatz enthält. Kommt der consuetudo derogatorische Kraft gegenüber gesetzlichem Recht zu, so kann auch die l. 2 C. cit. nichts daran ändern. Sie gilt nicht, gleichviel ob der Gesetzgeber nur seine Ansicht über das bestehende Verhältniss von gesetzlichem und Gewohnheitsrecht aussprechen, oder ob er der Gewohnheit die ihr an und für sich zukommende derogatorische Kraft nehmen wollte. Im ersten Falle gilt sie nicht, weil ihr Inhalt nicht richtig ist und der Gesetzgeber nichts bestimmen wollte; im zweiten gilt sie nicht, weil so weit die Macht des Gesetzgebers nicht reicht.

Im Vorstehenden ist ausgeführt, dass der Gesetzgeber keine Macht habe, über die Natur der Rechtsquellen und deren Verhältniss zu einander Bestimmung zu treffen, dass insbesondere, wenn der Rechtsgewohnheit derogatorische Kraft gegenüber gesetzlichem Recht zukomme, keine das Gegentheil verordnende Gesetzesbestimmung im Stande sei, daran rechtlich etwas zu ändern. Wie es sich aber mit jener derogatorischen Kraft der Rechtsgewohnheit verhalte, haben wir völlig dahin gestellt sein lassen; die Erörterung dieser Frage liegt ausserhalb der Aufgabe dieser Abhandlung. Gleichwohl möge es gestattet sein, hier einige Bemerkungen darüber einzuschalten.

Wer der Rechtsgewohnheit die derogatorische Kraft gegenüber dem Gesetze abspricht, erklärt damit dieses für die höhere Rechtsquelle. Am ehesten könnte man nun geneigt sein, die Superiorität des Gesetzes abzuleiten aus der Verschiedenheit der Subjecte, die in dem einen und dem andern Falle das Recht producieren. Dort die Staatsgewalt, hier die Unterthanen: nichts scheint

so selbstverständlich zu sein, als dass die letztern nur soweit an der Rechtsproduction Theil nehmen, als jene es gestattet. Dass die Unterthanen auch im Gegensatz zu dem ausgesprochenen Staatswillen Recht producieren, scheint als ein revolutionärer Vorgang bezeichnet werden zu müssen [26]) und nur in einer Demokratie scheint die Gleichberechtigung des Gesetzes und der Rechtsgewohnheit construierbar zu sein; bekanntlich hat man von dem letzteren Gesichtspunkt aus die l. 32 de leg. mit der l. 2 C. quæ sit longa cons. historisch zu vereinigen gesucht.

Zuvörderst ist nun zu betonen, dass die schroffe Gegenüberstellung von Staatsgewalt und Unterthanen in dem Sinne, dass dieselben sich zu einander lediglich wie handelndes Subject und leidendes Object verhalten, einseitig und also unrichtig ist. Auch dann, wenn man eine absolute Monarchie im Auge hätte. Wie es selbst in der reinsten Demokratie nicht fehlen kann, dass es Regierende und Regierte gibt, so ist es andrerseits selbst für die absoluteste Monarchie unbestreitbar, dass diejenigen, welche von der einen Seite her gesehen als subiecti erscheinen, von einer andern Seite betrachtet sich, als personaler Bestandtheil des Staats, neben den Monarchen stellen; denn der Spruch l'état c'est moi ist nur eine grundlose Prätension gewesen.

Fragen wir sodann nach den das Recht producierenden Subjecten, so erscheinen uns die Unterthanen, und zwar wiederum in ihrer Gesammtheit, abermals in einer neuen Stellung: sie bilden, und zwar mit dem Staatsoberhaupt, eine Rechtsgemeinschaft, diejenige Rechtsgemeinschaft nämlich, welche in ihrem Umfang mit dem Staat zusammenfällt. Das Subject, welches Gewohnheitsrecht

---

[26]) Vgl. Dahn, zur Lehre von den Rechtsquellen in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung u. s. w. Bd. 6 S. 582 f.

produciert, ist die Rechtsgemeinschaft [27]). Allerdings können die Uebungsacte, durch die Gewohnheitsrecht entsteht, nur von Einzelnen vorgenommen werden. Aber nur insofern diese Einzelnen als Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft handeln, erzeugen die Uebungsacte Gewohnheitsrecht. Sie erscheinen aber als Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft, wenn sie aus dem Trieb heraus, der die Gemeinschaft erfüllt, handeln; das ist es, was man die opinio necessitatis zu nennen pflegt, und was die Uebungsacte Einzelner zu Aeusserungen des Willens der Gesammtheit stempelt.

Welches ist nun das Verhältniss des Gesetzgebers zur Rechtsgemeinschaft? Er steht nicht über, sondern in derselben. Es ist zwar eine Rechtsgemeinschaft ohne Gesetzgeber, aber nicht ein Gesetzgeber ohne Rechtsgemeinschaft möglich. Dass ein Gesetzgeber aufgetreten ist, ist ursprünglich nur Kraft einer opinio necessitatis der Rechtsgemeinschaft geschehen; ebenso ist überall auch erstmals festgesetzt worden, wer Gesetze zu geben habe. Allerdings stellt sich der Gesetzgeber zur Rechtsgemeinschaft nicht wie der Mandatar zum Mandanten. Allerdings hat die Rechtsgemeinschaft, so wenig es in ihrem freien Belieben stund, die Institution der Gesetzgebung ins Leben zu rufen oder nicht, es auch nicht in ihrer Macht, diese Art der Rechtsproduction wieder nach Belieben verschwinden zu lassen. Aber das führt doch nicht weiter als zu der Erkenntniss, dass die Gesetzgebung, sobald sie einmal ins Leben getreten ist, der andern Rechtsquelle gegenüber ein selbständiges Dasein hat — wie etwa die separierte Frucht gegenüber der Muttersache.

---

[27]) Vgl. A. Schmidt (a. a. O. S. 7): „als massgebendes Subject erscheint das Volk"; das Gewohnheitsrecht werde durch die Existenz des Staates nicht behindert: „denn Volk und Staat sind in normaler Entwicklung nur formell von einander unterschieden, nicht materiell."

Endlich ist auch nicht aus dem Wesen des Gesetzes eine Superiorität dieses über die Gewohnheit herzuleiten. Solches ist neuerdings von Laband (Staatsrecht des deutschen Reichs I, S. 95 f.) in folgender Weise versucht worden. „Aus dem Begriff des Gesetzes folgt, dass im Princip dem Gewohnheitsrecht derogatorische Kraft nicht zukommt. So lange der Staat seinen Befehl, dass ein gewisser Rechtssatz gelten soll, aufrecht erhält, können Unterthanen und Behörden diesen Befehl nicht unbeachtet lassen und noch weniger ihn durch Nichtbefolgung aufheben.“ Danach soll sich die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts reducieren auf Interpretation des Gesetzes und auf die Regel, dass das Gesetz auf solche Fälle nicht anzuwenden ist, auf welche es selbst nicht angewendet werden will.

Laband operiert hier mit seiner Unterscheidung von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl. Es muss hier dahin gestellt bleiben, ob für eine solche Unterscheidung eine sachliche Nöthigung besteht oder nicht. Aber der Gesetzesbefehl: „der Rechtssatz, welcher Inhalt dieses Gesetzes ist, soll gelten“ hat doch jedenfalls die Klausel: „so lange, als dieses Gesetz nicht aufgehoben wird.“ Darüber aber, ob das Gesetz nur durch Gesetz aufgehoben werden könne, sagt der Gesetzesbefehl offenbar nichts. Dass aber Gesetze nur wieder durch Gesetze aufgehoben werden können, hat Laband schon vorher (auf S. 95) in folgender Weise zu begründen versucht. Der Staat könne seine Gesetze ändern, „aber es ist dazu die Erklärung des staatlichen Willens erforderlich, dass an die Stelle der bisherigen Anordnung eine andere treten soll. Für die Erklärung dieses Willens ist, da er die Aufstellung von Rechtssätzen zum Inhalt hat, die Form des Gesetzes erforderlich . . . . . . Mithin ergibt sich der Satz, dass ein Gesetz nur durch ein Gesetz aufgehoben oder abgeändert werden kann.“ Wir fügen hinzu: gewiss, wenn es sich um Aufhebung von Gesetzen

durch den Staat handelt; die Frage: kann auch die nichtorgansierte Rechtsgemeinschaft auf dem Wege der Rechtsgewohnheit gesetzliches Recht aufheben? bleibt auch nach dieser Argumentation noch immer eine offene.

Die Sätze, in Bezug auf welche wir im Vorstehenden den Gesetzgeber als machtlos erkannt haben, werden oft als Rechtssätze des öffentlichen Rechts bezeichnet. Das ist nicht zutreffend. Diese Sätze gelten ohne jede positive Satzung, und trotz einer solchen. Sie sind Lehrsätze, nicht Rechtssätze; Rechtswahrheiten betreffend die Natur des objectiven Rechts, die erkannt sein wollen, nicht Rechtsbestimmungen, denen Folge geleistet werden soll. Die Lehre von diesen Rechtswahrheiten gehört in keine der Einzeldisciplinen, in welche die Darstellung eines positiven Rechts gegliedert zu werden pflegt, weder in das Privatrecht, noch in das öffentliche, speciell Staatsrecht. Correcter Weise sollte sie auch nicht als Einleitung mit einer dieser Disciplinen verbunden werden; denn sie bildet die Einleitung zu der einen nicht minder, als zu der andern. Diese Darstellung gehört vielmehr in eine Einleitung in die gesammte Rechtswissenschaft [28]).

---

[28]) Uebereinstimmend Göppert S. 39.

II.

Auch bei der zweiten Gruppe handelt es sich um ein Gebiet für die Bethätigung des Intellects und nicht des Willens, um Rechtswahrheiten oder Rechtsirrthümer, um eine Grenzregulierung zwischen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Aber das Object des Erkennens ist hier nicht die Natur des objectiven Rechts in abstracto, sondern der Inhalt eines concreten, positiven Rechts. Und zwar richtet sich die Thätigkeit des Intellects zunächst auf Feststellung der Rechtssätze, was die Aufgabe der Auslegung im weitesten Sinne ist; sodann auf die logische Bearbeitung des so gewonnenen Stoffes. Es bedarf übrigens kaum der Bemerkung, dass in der Formulierung eines Rechtssatzes auch schon ein Stück logischer Verarbeitung des Rechtsstoffes vorliegen, und dass die weitere logische Bearbeitung zu Correcturen bezüglich der Fassung der Rechtssätze führen kann.

Wir beginnen mit der Auslegung und beschränken uns hiebei auf die Auslegung von Gesetzen.

Die Auslegung eines Gesetzes hat die in demselben zum Ausdruck gekommenen Rechtssätze festzustellen. Dies geschieht durch Urtheile (im Sinne der Logik), und ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Wissenschaft, wobei es natürlich ganz gleichgiltig ist, ob diese wissenschaftliche Thätigkeit von einem Praktiker oder von einem Theoretiker geübt wird.

Nun gibt es aber allerdings Gesetze, welche eine Auslegung älterer Gesetze enthalten, sog. authentische Declarationen. Wo solche Declarationen

erlassen werden, da unternimmt der Gesetzgeber etwas, was seines Amtes nicht ist, was er aber in dem concreten Fall jedenfalls nicht unterlassen zu sollen glaubt. Das Vorkommen authentischer Declarationen ist wohl in den allermeisten Fällen ein untrügliches Zeichen, dass entweder der frühere Gesetzgeber, oder diejenigen, deren Amt und Geschäft die Auslegung ist, oder beide nicht auf der Höhe ihrer Aufgabe standen [29]).

So lange nicht ganz zwingende Gründe eine gegentheilige Ueberzeugung bedingen, muss angenommen werden, dass der Gesetzgeber die Declaration erlassen habe animo declarandi, d. h. in keiner anderen Meinung und Absicht, als der, den rechtlichen Gehalt des declarierten Gesetzes klar zu stellen. Es frägt sich aber, ob der Gesetzgeber diese Absicht auch erreicht hat. Er hat sie nicht erreicht, wenn er den „Sinn“ des declarierten Gesetzes nicht richtig

---

[29]) Dass Rescripte und Decrete der römischen Kaiser authentische Gesetzesauslegung seien, wie nach Mommsens Vorgang manche Neuere annehmen (Sohm, Instit. S. 49; Wlassak, kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen etc. S. 151), halte ich nicht für genau. Für Decrete nicht, einmal weil ein Decret allemal auch Rechtsanwendung ist, und dann weil es Decrete gibt (z. B. das decr. D. Marci), welche auf schon bestehendes Recht gar nicht sich gründen. Für Rescripte kann es richtig sein; aber für gewöhnlich handelt es sich bei den Rescripten nicht um Auslegung einer Rechtsquelle, sondern um Auskunft (Gutachten) über das bestehende Recht. Correct ist die neueste Darstellung von A. Pernice in den Festgaben für Beseler (Juristische Abhandlungen u. s. w. 1885) S. 70, wenn schon auch da der Ausdruck „Interpretationsrecht“ gebraucht ist, welcher zu Missverständnissen führen kann. Dass übrigens auch wirkliche authentische Auslegungen von Gesetzen Seitens der Kaiser vorkamen, dass aber gegen die Verbindlichkeit derselben von Seiten der klassischen Juristen Opposition erhoben wurde, während dies bezüglich der decreta nicht geschah, zeigt l. 12 § 1. 2 C. de leg. (1,14) von 529: ... *cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt. cum igitur et hoc in veteribus legibus* (damit kann Justinian nur die Schriften klassischer Juristen meinen) *invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere* et rel.

getroffen, m. a. W., wenn er einen andern Rechtssatz aus dem Gesetz ermittelt hat, als den in demselben enthaltenen. Und da solches selbst dann möglich ist, wenn der Gesetzgeber ein von ihm selbst ausgegangenes Gesetz declariert[30]): um wie viel eher denn, wenn seine Declaration das Gesetz eines früheren Gesetzgebers zum Gegenstand hat, in welchem Falle die Prädicierung als „authentisch" nur auf Grund einer Fiction möglich ist.

Die Frage nun, ob der Gesetzgeber den Inhalt des declarierten Gesetzes richtig dargelegt habe oder nicht, unterliegt freier wissenschaftlicher Prüfung; eine bejahende Beantwortung derselben lässt sich schlechterdings nicht commandieren. Träfe das ein, dass ein declarierender Gesetzgeber solches befohlen haben will: so wäre ein solcher Befehl in sich selber null und nichtig. Keinesfalls aber liegt ein solcher Befehl in der authentischen Declaration als solcher, wie dies Windscheid anzunehmen scheint, wenn er von der authentischen Auslegung sagt (§ 20), sie sei „im Grunde Setzung neuen Rechts mit Hinzufügung der Bestimmung, dass das gesetzte neue Recht als bereits in einem früheren Rechtssatze enthalten angesehen werden solle."

Eine Willensbestimmung ist allerdings in jeder authentischen Declaration enthalten, und dieselbe richtet sich, wie nothwendig jede Willensbestimmung, auf die Zukunft. Dieser concurrierende Befehl ist es, welcher die authentische Auslegung von jeder andern unterscheidet. Der Befehl geht aber nicht dahin, die gegebene Auslegung für die richtige anzusehen, sondern dahin, sie bei jeder Anwendung des declarierten Gesetzes zu Grunde zu legen. Nicht ein theoretisches, sondern ein praktisches Verhalten wird geboten. Die materielle Bedeutung dieses Gebotes ist aber eine ganz verschiedene,

---

[30]) Denn das Gesetz „reisst sich durch die Publication vom Gesetzgeber los", und es „kann einsichtiger sein, als der oder die Gesetzgeber" (Thöl, Einleitung S. 150).

je nachdem die authentische Auslegung dem wirklichen Inhalt des declarierten Gesetzes entspricht oder aber nicht entspricht. Der ersten Alternative wird Windscheid in seiner oben ausgehobenen Bestimmung der Natur der authentischen Auslegung nicht gerecht: denn diese fusst auf der stillschweigenden, für den authentischen Interpreten ausserordentlich wenig schmeichelhaften Voraussetzung, dass derselbe den Sinn des declarierten Gesetzes allemal verfehle. Wogegen Savigny (Syst. 8, 512) sich der zweiten Möglichkeit verschliesst, wenn er sagt: das auslegende Gesetz eröffne dem Richter nur das Verständniss des früheren [31]).

Entspricht nämlich die authentische Auslegung dem Inhalte des ausgelegten Gesetzes, so ist dem Richter nur noch speciell befohlen, was er ohnehin zu thun schuldig ist: nämlich das geltende, declarierte Gesetz richtig anzuwenden. Entspricht sie diesem Inhalte nicht, so ist allerdings der Sache nach neues Recht gesetzt. Es ist aber gesetzt in Form einer authentischen Auslegung, und das führt praktisch zu demselben Resultat, welches erreicht worden wäre, wenn ein entsprechender neuer Rechtssatz mit rückwirkender Kraft — rückwirkend bis zu dem Datum des Inkrafttretens des alten Gesetzes — aufgestellt worden wäre. Es ist das so Kraft des Inhaltes des die authentische Auslegung begleitenden Imperativs. Geht dieser dahin, das alte Gesetz solle angewendet werden in dem von der Auslegung angenommenen Sinne, und ist es zweifellos, dass das alte Gesetz anzuwenden ist auf alle Fälle, welche jünger sind, als dieses, auch wenn sie älter sein sollten, als die authen-

[31]) Vgl. auch Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, S. 36: „jede . . . authentische Interpretation ist objectiv richtig." Am Schlusse des betr. Alinea ist von Kierulff die Richtigkeit des Urtheils des Auslegers und die Bindekraft des die authentische Auslegung begleitenden Imperativs besser auseinandergehalten: die vorgelegte Ansicht ist zugleich legislatorischer Wille, und gilt darum unbedingt."

tische Declaration: so ist es eben durch die gewählte Form der authentischen Auslegung gegeben, dass der in der Declaration re vera steckende neue Rechtssatz angewendet werden muss auf Fälle, die vor dem declarierenden Gesetze liegen. Eine authentische Declaration involviert also in diesem Falle auch eine Expropriation, so gut wie ein Gesetz, welches einen neuen Rechtssatz mit rückwirkender Kraft – in dem oben definierten Sinne — aufstellt [32]).

Auch wenn das richtig wäre, was Kierulff (a. a. O.) behauptet, dass nämlich durchaus nicht mit objectiver Giltigkeit auszumachen sei, ob eine Interpretation falsch oder richtig sei: so würde daraus doch nicht folgen, dass jede authentische Auslegung als objectiv richtig zu gelten habe. Es würde sich daraus nur die Nothwendigkeit ergeben, dasjenige, was im vorigen Absatz gesagt ist, subjectiv so zu fassen: für den, welcher die authentische Auslegung für unrichtig erachtet, enthält sie einen neuen Rechtssatz; für den, welcher sie für richtig erachtet, enthält sie keinen neuen Rechtssatz.

Logische Urtheile heischen keinen Gehorsam; das gilt auch, wenn ein Gesetzgeber solche ausspricht. Authentische Auslegungen heischen Gehorsam,

---

[32]) Man vergleiche den von J. Bremer in Bekkers und Muthers Jahrb. d. gem. Rechts II, S. 272 Note 27 mitgetheilten Fall. — Auch Kierulff (a. a. O. S. 36, Note) gibt zu, „dass unter dem Namen einer authentischen Interpretation eigentlich neue Gesetze gemacht werden können — und unter solchem Prätext dann die Rückwirkung von Gesetzen versteckt werden kann.“ Damit scheint denn doch die von Kierulff im Text gemachte Aufstellung: dass „jedes Ergebniss, das aus der Absicht des Gesetzgebers, ein Gesetz zu interpretieren, hervorgegangen, auch als wirkliche Interpretation gelten müsse“, nicht zu stimmen. Denn die an jenes Zugeständniss unmittelbar angeschlossene und an sich ganz richtige Erwägung, „dass der Gesetzgeber auch ohne Weiteres die Rückwirkung eines Gesetzes anbefehlen, und dass er überhaupt mangelhafte Gesetze machen kann, und dennoch diese wie jene volle Giltigkeit haben“, führt nur zu dem Satz, dass jedes Ergebniss, welches aus einer authentischen Declaration hervorgeht, gelten muss, nicht aber zu dem Satz, dass es als Interpretation gelten muss.

aber lediglich deshalb, weil sie nicht blos logische Urtheile sind. In demselben Augenblick, in welchem der Gesetzgeber über sein eigentliches Gebiet hinausgeht und logische Urtheile ausspricht, unterstellt er sich einer Kritik, welche in Bezug auf gesetzgeberische Acte, die innerhalb der gesetzgeberischen Competenz bleiben, gar nicht möglich ist. Insoweit er geurtheilt hat, ist über ihn das Urtheil möglich, dass er wahr oder falsch geurtheilt habe; von einem gesetzlichen Imperativ zu prädicieren, dass er wahr oder falsch sei, ist nicht möglich. Mit einer derartigen Kritik über das in der authentischen Auslegung ausgesprochene Urtheil stellt sich daher auch der Kritiker keineswegs, wie Savigny meinte (8, 513), über den Gesetzgeber; denn diese Kritik richtet sich auf eine Thätigkeit, die keine gesetzgeberische ist. Etwas anderes wäre es, wenn der Kritiker das Ergebniss seiner Kritik massgebend sein lassen wollte dafür, ob der Befehl des Gesetzgebers zu befolgen sei oder nicht. Das ist natürlich nicht zulässig.

Göppert unterscheidet, wie wir, bei der authentischen Auslegung einen Befehl und eine Aussage (a. a. O. S. 192 f.), und sagt mit vollem Recht, es könne dem Richter nicht verwehrt werden, das alte Gesetz in einem andern Sinne zu verstehen, als die Staatsgewalt. Wenn er aber hinzufügt (S. 193 u. 198): folglich könne der Richter, soweit die eigne Kraft des neuen Gesetzes, der sog. Declaration, nicht reiche, das alte Gesetz auch in dem von ihm als richtig erkannten Sinne anwenden: so wird hier fühlbar, dass Göppert es unterlassen hat, den Inhalt des die authentische Auslegung begleitenden Imperativs festzustellen. Ist nämlich der Inhalt dieses Befehls der, dass das declarierte Gesetz, so oft es nach dem Inkrafttreten der Declaration zur Anwendung kommt, angewendet werden soll in dem von der Declaration angegebenen Sinne, so ist klar, dass die eigene Kraft der Declaration allemal so weit reicht, um es dem

Richter zu verwehren, das declarierte Gesetz in einem andern Sinne anzuwenden, als in dem von der Declaration angegebenen.

Auch dann, wenn die Personen, welche authentisch declarieren, dieselben sind, welche das declarierte Gesetz beschlossen haben, ist der gedachte Imperativ mit der authentischen Auslegung verbunden. In diesem Falle will Göppert die Declaration anders behandeln: sie soll als authentisches Zeugniss über die Absicht des Gesetzgebers angesehen werden. Und zwar soll dieses Zeugniss bei Zweideutigkeit des declarierten Gesetzes den Ausschlag geben; da aber, wo es einen andern, als den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willensinhalt bezeugt, entweder zu restrictiver Auslegung desselben führen, oder aber — bei völligem Auseinandersein von Wort und Wille — dessen Giltigkeit für die Vergangenheit zerstören [33]). Ob es angeht, den einen Bestandtheil der authentischen Auslegung, das Urtheil über den rechtlichen Gehalt des fertigen Gesetzes, umzudeuten in ein Zeugniss über das, was der Gesetzgeber vor und bei Erlass des Gesetzes beabsichtigt hat, das scheint doch gegründeten Zweifeln zu unterliegen. Wie dem aber auch sei: jedenfalls ist dem andern Bestandtheil der authentischen Auslegung, dem Imperativ des oben angegebenen Inhalts, sein Recht hier nicht geworden.

Wir gehen über zur juristischen Klassification und Systematik.

Ob und in welcher Weise Rechtssätze, subjective Rechte, Thatbestände zu klassificieren sind, ist überall nicht vom Gesetzgeber zu bestimmen, sondern gehört ausschliesslich zur wissenschaftlichen Behandlung des Rechts.

[33]) A. a. O. S. 198 f. Richtiger würde wohl gesagt worden sein, dass dieses Zeugniss die Ungiltigkeit der betr. Gesetzesbestimmung klarstelle.

Es kann sein, dass ein Gesetzgeber betreffs der Frage, ob zu klassificieren sei, ebenso das Richtige trifft, wie in der Frage des Wie. Sein Ausspruch ist dann richtig, vielleicht auch nützlich, insofern die Wissenschaft in richtige Bahn gewiesen oder vor Abirrung bewahrt wird; verbindliche Kraft hat er auch in diesem besten Falle nicht. So verhält es sich z. B. mit folgenden Classificationen des code civil art. 688: *les servitudes sont ou continues ou discontinues;* art. 689: *les servitudes sont apparentes ou non apparentes.* Zu dem eigentlichen Beruf des Gesetzgebers gehörte hier blos dies, die verschiedenen Rechtssätze, welche die eine und die andere Kategorie von Verhältnissen betreffen, aufzustellen; die Klassification wie die Bezeichnung der Klassen konnte er der Wissenschaft überlassen.

Noch viel einleuchtender ist, dass, wenn für eine Klassification gar kein Bedürfniss vorliegt, dieselbe darum nicht weniger überflüssig und bedeutungslos ist, weil sie in einem Gesetz steht, wie in demselben code civil der art. 649: *les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers;* endlich dass eine in einem Gesetz ausgesprochene falsche Klassification weder für den Theoretiker noch für den Praktiker irgend welche Geltung beanspruchen kann. Wäre aber eine falsche Klassification für den Gesetzgeber Motiv gewesen zu wirklichen Rechtssätzen, so würde dieses zu dem in den einleitenden Bemerkungen ausgeschiedenen Problem gehören.

Auch in Justinians Gesetzbuch finden wir Klassificationen in nicht geringer Zahl. Sie rühren her aus juristischen Schriften von theoretischem Charakter — in Responsensammlungen werden schwerlich welche enthalten gewesen sein — und waren da völlig am Platze. Dass sie durch Aufnahme in die Institutionen oder Digesten Justinians den Charakter von Rechtssätzen, den sie ursprünglich nicht hatten, bekommen haben, wird wohl schwerlich Jemand behaupten wollen,

und sicherlich ist das auch v. Martitz' Meinung nicht, trotz der oben (S. 5) referierten, allgemeinen Behauptung desselben. Sogar als logisch incorrect bezeichnet zu werden müssen sich gesetzgeberische Klassificationen gefallen lassen. So z. B. die Eintheilung der res in corporales und incorporales, ferner die der Interdicte in prohibitoria, exhibitoria und restitutoria, sofern nämlich hier für das zweite und dritte Glied der Eintheilung der Inhalt des Befehls den Eintheilungsgrund abgibt, für das erste aber die Form desselben.

In den alten römischen Gesetzen wird man vergebens nach einer Klassification suchen. Davor schützte den römischen Gesetzgeber — von Anderem abgesehen — schon der römische Gesetzesstil. Dieser Punkt, der Einfluss der Form der Gesetze auf den Inhalt derselben, ist für alle die Fragen, welche uns in diesem Theil unserer Abhandlung beschäftigen, von nicht geringer Bedeutung, und wir müssen deshalb etwas dabei verweilen.

Unsere modernen Gesetze haben in weitem Umfange eine durchaus doctrinäre Form, und wir müssen behaupten, dass diese doctrinäre Form doctrinären Inhalt von der Gattung, wie wir ihn hier behandeln [34]), überhaupt erst möglich macht, dann auch befördert und endlich es der Auslegung erschwert, festzustellen, ob der Gesetzgeber nur ein Urtheil aussprechen oder aber eine Norm geben wollte.

Was wir unter doctrinärer Form von Gesetzen verstehen, wird kaum nöthig sein, anzugeben. Nehmen wir als Beispiel das Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Richter ausgeübt“ (§ 1); „die Fähigkeit zum Richteramt wird durch die Ablegung zweier Prüfungen erlangt (§ 2); „zum Richter-

[34]) Anderweitiger Doctrinarismus ist von der Form der Gesetze unabhängig.

amt befähigt ist" u. s. w. (§ 4); „die Ernennung der Richter erfolgt auf Lebenszeit" (§ 6); „die Richter beziehen ein festes Gehalt" (§ 7); „die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte (u. s. w.) ausgeübt" (§ 12). Dieser Ausdrucksweise wird sich bedienen, wer berichtend oder lehrend den hier angegebenen Inhalt zur Darstellung bringt. Man denke sich, dass diese Aussprüche als Fragmente, ohne die Ueberschrift und die Einleitung des Gesetzes, in ferner Zukunft wieder entdeckt würden, und frage sich, woran denn nun ein künftiger Rechtshistoriker merken könnte, dass es sich hier um Fragmente eines Gesetzes handle? Solche Gesetzesredaction macht es denn auch möglich, dass Jemand, ohne ein Wort an den einzelnen Paragraphen zu ändern, aus einem umfassenden Gesetz ein Lehrbuch herstellen kann, lediglich mittelst Umstellung einiger Paragraphen und Hinzufügung einiger, der systematischen Uebersicht dienenden Titelrubriken [35]).

Der Form nach liegen hier Berichte, erzählende Urtheile vor; beabsichtigt ist freilich etwas Anderes. Allein es ist lediglich die Ueberschrift („Gesetz" u. s. w.) und die Einleitung des Gesetzes („Wir — verordnen"), was diese in Imperative umsetzt, oder vielmehr Jedem, den es angeht, zumuthet, diese Urtheile in Imperative umzusetzen. Es ist ganz dasselbe, wie wenn ein Lehrbuch über das Privatrecht durch ein Gesetz zum privatrechtlichen Gesetzbuch erhoben würde. Dass bei solcher Abfassung der Gesetze die Unterscheidung zwischen Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl (oben S. 31) sich geradezu aufdrängt, ist einleuchtend.

Der römische Gesetzgeber spricht im Imperativ, und dies ist die dem Begriff des Gesetzes als eines iussum generale (Capito bei Gellius n. a. 10, 20, 2)

---

[35]) „Der Text der deutschen Reichscivilprocessordnung in Gestalt eines Lehrbuchs", erschienen 1883.

allein vollkommen angemessene Form [36]). Und nicht blos dann, wenn geboten oder verboten wird, sondern auch bei Gewährungen, wie z. B. eius pecuniæ cui volet actio petitioque esto; denn auch hier liegen Imperative vor, nur richten sie sich natürlich nicht an den, dem ein Recht verliehen wird. Man braucht blos den Versuch zu machen, eine Klassification oder Aehnliches in dieser Form des Imperativs aufzustellen, und man wird sich sofort überzeugen, dass in der That diese Form allein schon davor schützt, das Gebiet der Gesetzgebung zu verlassen und auf das der Doctrin überzutreten.

Man kann nun allerdings sagen, dass die deutsche Sprache eine dem römischen Gesetzesimperativ entsprechende Imperativform nicht habe. Jedenfalls aber würde nichts im Wege stehen, die gesetzlichen Imperative in solche Urtheile umzusetzen, die ein Sollen aussprechen [37]); auch da würde es nicht möglich

---

[36]) Ihering bezeichnet die imperativische Form, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, als die niedere Erscheinungsform des Rechts; die höhere Erscheinungsform erhalte das Recht durch die Jurisprudenz (Geist d. röm. Rechts II § 41 zu Anfang). Wenn indessen Ihering (ebendaselbst) sagt, „ob das Imperativische im Ausdruck selbst liegt, ist gleichgiltig, es liegt in der Sache, in dem Gedanken; in dem Munde des Gesetzgebers hat das „Ist“ die Bedeutung des „Seinsollens“: so scheint der Imperativ im Gesetz doch nicht blos Sache der Form zu sein; und wenn Ihering selbst von der imperativischen Form der Gesetze sagt, dass dabei Form und Inhalt sich decken, so ist das eben das Vollkommene, das Klassische. Die Form, in der das Recht in den Gesetzen zum Vorschein kommt, kann mit der Form, die das Recht durch die Wissenschaft erhält, überhaupt nicht als Höheres und Niedrigeres verglichen werden. Man kann nur sagen: die Wissenschaft hat nichts zu befehlen und der Gesetzgeber hat nichts zu docieren; für jedes von beiden ist eine andere Form die angemessene.

[37]) Man vergleiche z. B. die preussische Hypothekenordnung von 1784, Tit I § 1: „Alle Gerichtsobrigkeiten — sollen schuldig sein — ordentliche und accurate Hypothekenbücher zu halten.“ § 2. „Die Landesjustizcollegien — sollen von Amtswegen darauf sehen“ u. s. w. § 3 . . . . „so soll das Landesjustizcollegium die Anlegung der Bücher

sein, lehrhaften Inhalt in das Gesetz mitaufzunehmen. Selbst die Weise des code Napoléon, die gesetzlichen Imperative im Indicativ des Futurum auszusprechen, ist wenigstens relativ correct, wie der Umstand beweist, dass hier der Gesetzgeber, sobald er zu docieren anfängt (vgl. die oben S. 40 ausgehobenen Artikel), das Futurum aufgibt und das Präsens gebraucht.

Sollten nun auch, wie zu erwarten ist, die Redactoren unserer Gesetze bei der jetzt beliebten Form verbleiben, so wäre ihnen doch dringend zu empfehlen, dass sie sich bezüglich eines jeden Satzes vorher klar machten, ob derselbe sich in einen Imperativ umsetzen lasse, oder nicht. Man legt in neuerer Zeit grossen Werth darauf, zu trennen zwischen dem, was in das Gesetz und was in Vollzugsverordnungen gehört; unseres Erachtens wäre es weit wichtiger, die Grenze zwischen Gesetzgebung und Doctrin einzuhalten, und ausserdem viel leichter, sie zu finden.

Von systematischer Anordnung des Stoffs gilt an und für sich dasselbe, was von der Klassification; auch sie ist Sache der Wissenschaft. Indessen kommt hier ein praktischer Gesichtspunkt in Betracht, welcher bei allen umfassenden Gesetzen eine systematische Anordnung des Stoffes empfiehlt. Dies ist die Rücksicht auf die leichte Auffindbarkeit der einzelnen Rechtssätze, sowie auf die leichtere und gleichzeitig gründlichere Aneignung Seitens derer, die das Gesetz anzuwenden haben. Ist sonach die Frage, ob der Gesetzgeber systematisieren solle, keineswegs allgemein zu verneinen: so gilt doch von der systematischen Anordnung ganz ebenso, wie von der Klassification, dass sie die bindende Kraft eines Rechtssatzes nicht hat, auch nicht mittelbar. Es würde also z. B. daraus, dass das künftige bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich

---

auf ihre Kosten besorgen lassen". Dazwischen findet sich aber auch schon die moderne, rein erzählende Form: § 9. „Die Eintragung in das Buch geschieht nach Nummern". —

das Pfandrecht unter die dinglichen Rechte an fremder Sache stellte, und dabei auch das Pfandrecht an Forderungen mitbehandelte [38]), doch weder der Theoretiker noch der Praktiker befugt — geschweige denn verpflichtet — sein, daraus irgend welche rechtliche Consequenzen hinsichtlich des letztgedachten Pfandrechts abzuleiten.

Etwas anderes ist es, wenn der Gesetzgeber von einer verkehrten systematischen Auffassung aus Rechtsbestimmungen erlassen hat; das gehört wieder zu dem oben ausgeschiedenen Problem. Und wieder etwas anderes, wogegen an sich nichts eingewendet werden könnte, wäre es, wenn die vom Gesetzgeber beliebte systematische Anordnung als Hilfsmittel für die Auslegung einer zweifelhaften Rechtsbestimmung verwendet werden wollte.

Auch Definitionen aufzustellen, ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Wissenschaft. Denn eine Definition ist ein Urtheil, „in welchem die Bedeutung eines einen Begriff bezeichnenden Wortes angegeben wird“ [39]). Logische Urtheile sind aber nun einmal nicht im Stande, objectives Recht zu schaffen, seien sie nun richtig oder unrichtig.

Im Allgemeinen wird man sagen können, eine juristische Definition sei unrichtig, wenn sie mit den wirklichen Rechtssätzen nicht in Einklang

[38]) Vgl. Schweizerisches Obligationenrecht, sechster Titel: „Dingliche Rechte an beweglichen Sachen“, II. Kapitel „Faustpfand. Retentionsrecht“ und in diesem zweiten Kapitel auch das Pfandrecht an Forderungen.

[39]) So bestimmt den Begriff der Definition, im Sinne einer Nominaldefinition, Sigwart, Logik I § 44. Vermeint ein Gesetzgeber Realdefinitionen geben zu können, so ändert sich darum an dem im Text Gesagten nichts.

steht [40]). Dabei muss allerdings ein Vorbehalt gemacht werden, der aber hier nur angedeutet werden kann. Vergegenwärtigt man sich den Stoff und die Aufgabe des Rechts, so leuchtet die Möglichkeit ein, dass Rechtssätze, welche sich auf ein Institut beziehen, mit andern Rechtssätzen derselben Beziehung nicht harmonieren; hier entsteht dann die Frage, ob man auf eine Definition verzichten oder sich mit einer relativen Richtigkeit begnügen solle. Dieselbe Möglichkeit ergibt sich daraus, dass innerhalb eines Instituts ein von dem ursprünglichen verschiedener Gedanke sich Geltung verschafft und dass die Entwicklung zum Stillstand kommt, ehe der alte Gedanke von dem neuen ganz überwunden ist (Beispiel: substit. pupillaris).

Unrichtige Definitionen hat die Praxis zu ignorieren, die Wissenschaft zu corrigieren. Als durchaus unzulässig müsste es bezeichnet werden, wenn z. B. Jemand aus den Worten „für den Gebrauch" des allegierten Landrechtssatzes einen dieselben rechtfertigenden Rechtssatz erst ableiten wollte. Denn der Gesetzgeber hat mit diesen Worten nichts gewollt, er hat sich lediglich geirrt.

Es kommt auch vor, dass der Gesetzgeber selbst die erforderliche Correctur einer unrichtigen Definition besorgt, indem er die Elemente für eine solche nicht etwa blos durch den Inhalt der Rechtssätze, sondern durch Aeusserungen liefert, die directer zu jenem Ziele führen. So definiert § 1037 A. L.-R. I, 11 die Schenkung viel zu eng so:

---

[40]) So ist z. B. der § 803 Thl. I Tit. 11 des preuss. Landrechts:

> Zinsen heisst bei Darlehen alles das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muss,

eine unrichtige Definition. Denn dieselbe setzt einen Rechtssatz voraus, den das preuss. Recht so wenig kennt, wie das römische, des Inhalts, dass der Schuldner Zinsen nicht zu zahlen schuldig ist, wenn er von dem ihm geliehenen Geld keinen Gebrauch gemacht hat oder wenigstens keinen Gebrauch hat machen können. In derselben Richtung falsch ist die Definition bei Puchta, Pand. § 227. Richtig Windscheid § 259.

> Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet;

es liefert aber Elemente zur Correctur in I, 11, 378 und I, 16, 393 [41]).

Auch nach Definitionen wird man in römischen Gesetzen vergeblich suchen. Dagegen finden wir sie in denjenigen Theilen des corpus juris, welche aus Schriften römischer Juristen zusammengestellt sind; dass ein guter Theil derselben mehr oder weniger unrichtig oder ungenau ist, wird in neuerer Zeit mehr als früher anerkannt. Dadurch, dass Justinian sein Gesetzbuch zum Theil aus den Schriften der klassischen römischen Juristen zusammenstellen liess, erwuchs für die auf dieses Gesetzbuch angewiesene Rechtswissenschaft der ungeheure Vortheil, dass eine Masse Arbeit, die ihr sonst obgelegen hätte, hier schon gethan war. Aber die Sache hatte auch ihre Kehrseite. Da hier Ergebnisse wissenschaftlicher Arbeit scheinbar gesetzliche Sanction erhalten hatten, konnte auch das, was in diesen Ergebnissen unrichtig oder unzulänglich war, sich länger, als es sonst der Fall gewesen wäre, der wissenschaftlichen Kritik und Correctur entziehen.

Sobald wir versuchen, Definitionen im Rechtsgebiet mit Imperativen verständiger Weise zu verbinden, erhalten wir die von Thöl so genannten begriffsentwickelnden Rechtssätze, die nicht selbständig sind, sondern nur eine Ergänzung anderer Rechtssätze bilden. Definiert der Gesetzgeber, so spricht er das Urtheil aus: diesem Wort ist dieser Begriffsinhalt gleich. Stellt er einen

---

[41]) I, 11, 378: Wird ein Recht ohne Verpflichtung abgetreten, so ist die Handlung als eine Schenkung anzusehen; I, 16, 393: „eine unentgeltlich geschehene Entsagung eines bereits erworbenen ... Rechts ... ist einer Schenkung gleich zu achten." Vgl. ferner zu der obigen Zinsendefinition noch I, 11, 855 ff.

begriffsentwickelnden Rechtssatz auf, so befiehlt er: diesem Worte soll, so oft ich es in diesem Gesetze gebrauche, von Jedem der das Gesetz anwendet dieser Begriffsinhalt gleichgesetzt werden. Dass diesem Befehl Folge zu leisten ist, versteht sich von selbst; doch ist noch eine Clausel beizufügen. Wie steht es nämlich dann, wenn der Gesetzgeber selbst das Wort, bezüglich dessen er einen begriffsentwickelnden Rechtssatz aufgestellt hat, nun doch einmal in einem anderen Sinne gebraucht?

Dass solches geschehen könne, wird schwerlich a priori in Abrede gezogen werden können. Man denke nur an den Fall, dass für verschiedene Theile eines umfassenden Gesetzbuchs verschiedene Redactoren aufgestellt sind, oder dass zu einem solchen Gesetz in einer parlamentarischen Körperschaft Abänderungsanträge gestellt und angenommen werden, und dabei übersehen wird, dass der Antragsteller einen Ausdruck in einem andern Sinn gebraucht, als in dem begriffsentwickelnden Rechtssatz vorgeschrieben ist.

In diesem Falle wird nun Folgendes zu sagen sein. Das Gebot: mit diesem Worte soll bei der Anwendung des Gesetzes Jeder diesen Begriffsinhalt verbinden, enthält zugleich eine Ankündigung des Gesetzgebers, dass er selbst das Wort nur in diesem Sinne gebrauchen werde. Wo sich bestimmt erkennen lässt, dass der Gesetzgeber dieser Ankündigung untreu geworden ist, da ist insoweit auch der begriffsentwickelnde Rechtssatz vom Gesetzgeber ausser Kraft gesetzt. Sonach kann der in einem begriffsentwickelnden Rechtssatz enthaltene Befehl mit der begrifflichen Aufgabe jeder Gesetzesauslegung, den wirklichen gesetzgeberischen Willen festzustellen, nicht in Conflict gerathen.

Lässt sich nun auch nach dem Gesagten der Unterschied zwischen Definition und begriffsentwickelndem Rechtssatz ganz scharf angeben, so kann es doch im concreten Falle zweifelhaft sein, ob das Eine oder das Andere vorliege.

Namentlich dann wird es häufig zweifelhaft sein, wenn der Gesetzgeber seine Imperative in die Form erzählender Urtheile bringt, denn in diesem Falle unterscheidet sich die Definition von dem begriffsentwickelnden Rechtssatz der Form nach nicht. Hier ist also die Aufgabe, die der Auslegung gestellt wird, eine schwierige. Ob man eine Vermuthung zu Gunsten des begriffsentwickelnden Rechtssatzes aufstellen kann? Sie würde sich auf die Annahme gründen, dass der Gesetzgeber das, was seines Amtes und Berufes nicht ist, unterlassen habe; ob diese Annahme zur Zeit nicht mehr oder weniger ficticisch sei, ist freilich eine nicht ganz unberechtigte Frage.

Zu den Dingen, welche nicht Sache des Gesetzgebers sind, und worin er, wenn er trotzdem sich damit befasst, keine den Willen bindende Wirkung hervorbringen kann, gehört ferner die juristische Construction. Der Ausdruck ist verhältnissmässig neu, und der damit verbundene Begriff hat, so viel wir sehen können, noch keine feste und sichere Abgrenzung gefunden. Wir construieren juristische Handlungen (z. B. den iactus missilium, den Servitutvorbehalt bei Veräusserung eines Grundstücks); wir construieren aber auch Rechtsinstitute (z. B. die hereditas iacens, das Miteigenthum). Was dabei verschieden sein mag, interessiert uns hier nicht; für uns kommt in Betracht das jeglichem Construieren Gemeinsame: das ist ein analytisches Verfahren, zu dem Zweck, um das Neue, Verwickelte, anscheinend ganz Eigenartige (Specifische) auf schon bekannte, allgemein logische oder juristische, Elemente zurückzuführen. Die juristische Construction hat nur dann Werth, wenn durch sie zugleich die Rechtssätze, die sich auf das, was construiert wird, beziehen, erklärt werden. Sie ist insoweit also zugleich Begründung von Rechtssätzen. Wenn also der

Ausdruck *una obligatio*, der in den römischen Quellen in Bezug auf das Correalverhältniss vorkommt, wirklich, wie die herrschende Meinung annimmt, die Bedeutung „eine einheitliche Obligation“ hätte, so wäre das doch nichts weiter als eine Construction, die nicht bindet und deren Werth davon abhängt, ob sie die einschlägigen Rechtssätze ganz oder grossentheils erklärt. Diese Art der Begründung der Rechtssätze ist indessen eine rein logische, und darum kann die Rechtswissenschaft dabei nicht stehen bleiben [42]). Uebrigens braucht kaum bemerkt zu werden, dass die Construction in vielen Fällen schon in der Definition zum Ausdruck kommt [43]).

Im corpus iuris kann eine falsche Construction auch die Gestalt annehmen,

---

[42]) Wenn eine Construction des Correalverhältnisses gefunden ist, welche eine Ableitung der einzelnen Rechtssätze gestattet, so ist ein logisches Bedürfniss befriedigt und ein logisches Verständniss gewonnen. Ein volles Verständniss der Correalität hat aber erst der, der anzugeben vermag, welchen Interessen durch diese Gestaltung der Rechtssätze gedient wird. Darauf hin zu inquirieren, halten wir nicht nur für erlaubt, sondern sogar für geboten, trotz der l. 21 de leg. 1, 3 (*rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet*), deren Inhalt ebenso unverbindlich ist, wie der beigefügte Grund *alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur* nicht zutrifft; denn dies kann, wenn die Wissenschaft nur auch in ihren Grenzen bleibt, nicht geschehen.

[43]) Ihering schreibt der juristischen Construction productives Vermögen zu (Geist d. v. R. § 41). Das kann zugegeben werden, sofern er neue Rechtswahrheiten als das Product bezeichnet (II[b], S. 369 und Note 529[a] der 2. Aufl.); wenn er aber, wie es nach S. 371 ibid. scheint, um deswillen die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle betrachtet wissen will, so müsste dagegen Widerspruch erhoben werden. — Sehr berechtigt ist die Opposition Iherings (ib. Note 515) gegen das Construieren Seitens der Gesetzgeber. Nur ist es wohl nicht richtig, wenn als Beispiel einer gesetzlichen Construction aus früherer römischer Zeit die fictio legis Corneliae angeführt wird. Wer construiert, löst das Neue, scheinbar noch nicht Dagewesene in schon bekannte Elemente auf; die Fiction dagegen scheint uns vielmehr ein Verzicht auf Construction, und wenn der Gesetzgeber zu ihr greift, zugleich ein Verzicht auf das Aufstellen eines neuen Rechtssatzes, der offen mit dem alten Rechte bricht, zu sein.

dass für einen bestimmten Fall eine unrichtige Klage als die zuständige bezeichnet wird. So, wenn in einem Rescript von Sept. Severus und Caracalla (l. 9 § 4 loc. cond. 19, 2) die Klage, mit welcher vorausbezahlter Miethzins zurückgefordert wird, als condictio indebiti (statt als cond. ob caus. datorum) bezeichnet ist; wogegen, wenn Mela in l. 19 § 6 eod. die a. loc. conducti für denselben Fall gibt, damit noch nicht ausgeschlossen sein wird, dass ein Condictionsfall vorliege und die Contractsklage als Condictionsklage fungiere.

Kann der Gesetzgeber sogar durch eine von ihm selbst gegebene Construction die Wissenschaft nicht binden, noch an der Aufstellung einer richtigeren hindern: so kann er es auch nicht implicite, d. h. in der Weise, dass er einen rechtlichen Vorgang mit einen Ausdruck bezeichnet, der sich mit der richtigen Construction jenes nicht verträgt. So ist es z. B. in gewissem Sinne mit dem Ausdruck accrescere beim Miteigenthum und bei Miterben. Wenn ferner für den Vorbehalt eines Servitutrechts zu Lasten eines verkauften und zu Gunsten eines vom Verkäufer zurückbehaltenen Grundstücks oder Grundstückstheils gesagt wird, dass der verkaufende Eigenthümer dem verkauften Grundstück *servitutem imponit* (l. 6 pr. § 1 comm. præd. 8, 4): so impliciert auch das eine unrichtige Construction des Vorgangs, an die wir auch dann nicht gebunden wären, wenn die richtige Construction in einer anderweitigen, einen analogen Fall betreffenden Entscheidung der Pandekten (l. 1 § 4 de reb. eor. 27, 9) nicht an die Hand gegeben wäre.

Falsche Construction führt zu unrichtiger Subsumtion, folgeweise zu unrichtiger Definition. Hieher gehört die Gestaltung der benannten römischen Realcontracte als Consensualcontracte, welche sich in dem Dresdener Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse von 1866 (Art. 523, 598, 732, 954) und danach in dem schweizerischen Bundesgesetz über

das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 findet (Art. 321, 329, 475; der contractus pigneraticius fehlt)[44]).

Unrichtige oder unzulängliche Begründungen finden sich im corp. iur. civ. nicht wenige, zumal in Justinians Gesetzen, aber auch in den Digesten. Es sei hier an eine erinnert, die anerkanntermassen falsch und unverbindlich ist, diejenige nämlich, welche die Aenderung, die in der Stellung des bon. fid. possessor zum vindicierenden Eigenthümer in dem Augenblicke der litis contestatio vor sich geht, daraus ableitet, dass der bo. fid. poss. in diesem Zeitpunkte zum unredlichen Besitzer werde (l. 25 § 7 de her. pet. 5, 3). Dass aber alle falschen Begründungen im corp. iur. als solche erkannt und zurückgewiesen wären, daran fehlt noch viel. So ist es z. B. eine keineswegs richtige Begründung, wenn in l. 41 de cond. ind. (12, 6) gesagt wird: *quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, (si) solverit, repetitio est, quia nec natura debet;* denn der Pupill kann auch eine Zahlung, die er auf eine vollgiltige Schuld geleistet, zurückfordern; der Grund der repetitio ist nicht die absolute Ungiltigkeit der obligatio, sondern die Ungiltigkeit der Zahlung als solcher, welche ja als vom Pupillen allein vorgenommen gedacht ist.

Ist Begründung wie Construction unverbindlich auch wenn sie ins Gesetz aufgenommen ist, so ist sie es erst recht, wenn sie blos in den Motiven steht: wo dann, beim Vorhandensein mehrerer gesetzgebender Factoren, gar nicht einmal feststeht, ob alle Factoren sich diese Motivierung angeeignet haben. Ein Beispiel solcher unrichtiger Motivierung findet sich in den Motiven zu § 28

---

[44]) Näheres hierüber in meiner Abhandlung: „Zur Lehre von den benannten Realcontracten mit besonderer Rücksicht auf das schweizerische Obligationenrecht" in der von A. Heusler und Anderen herausgegebenen Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. 3 (1884) S. 26 ff.

der Reichsstrandungsordnung vom 17. Mai 1874, wozu zu vergl. Mandry civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze S. 250 ff. (2. Aufl. S. 352 ff.).

Wenn der Gesetzgeber Rechtsbegriffe, die von einander verschieden sind, als identisch setzt, so kann das nur darauf beruhen, dass einer derselben in seiner Eigenthümlichkeit nicht erkannt wird; desgleichen, wenn er den einen Begriff als Unterart unter den andern subsumiert, während beide einander coordiniert sind. Ersteres ist z. B. der Fall in dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern Thl. II Art. 685, wo die Vollmachtsertheilung als Vertrag aufgefasst und mit dem Mandat identificiert ist. Ein Beispiel für das zweite liefert das schweizerische Obligationenrecht, wo im Titel 14 unter der Ueberschrift „Auftrag (Mandat)" in vier Kapiteln gehandelt wird von dem einfachen Auftrag, der Anweisung, dem Kreditbrief und dem Kreditauftrag.

Zweifellos hat auch solche Begriffsvermengung keinerlei bindende Kraft. Es ist der Wissenschaft durchaus unbenommen — um bei den angeführten Beispielen stehen zu bleiben — die Vollmachtsertheilung und die Anweisung von der Verbindung mit dem Mandat (welche, so häufig sie auch vorkommen mag, doch nur eine faktische und zufällige ist) zu lösen und in ihrer specifischen Eigenart hinzustellen. Sie hat dann in der That neue Rechtsbegriffe produciert und das Vorhandensein neuen Rechtsstoffes d. h. eines Stoffes, dessen Dasein noch nicht erkannt und der daher als solcher noch nicht gesetzlicher Normierung unterzogen worden ist, aufgezeigt (vgl. oben Note 43). Ihre Sache ist es dann ferner, klarzustellen, welche derjenigen Rechtssätze, die vom Gesetzgeber für Vollmacht mit Mandat, für Anweisung mit Mandat aufgestellt sind, auch

für reine Vollmachten, reine Anweisungen zu gelten haben, und welche nicht. Soweit endlich Vollmacht und Anweisung anderweitiger Normierung bedürfen, hat die Wissenschaft, wenn sie ganz auf der Höhe ihrer Aufgabe steht, der Rechtsproduction die Wege zu weisen, sei es der Gesetzgebung, sei es der Gerichtspraxis (als der in diesen Fällen wohl allein in Betracht kommenden Form der consuetudo). Recht zu erzeugen vermag die Wissenschaft aber auch in diesem Falle nicht, so sehr es auch den Schein gewinnt, als sei sie hier Rechtsquelle.

Betrachten wir die in einem ein grösseres Rechtsgebiet, etwa das gesammte Privatrecht, umfassenden Gesetze enthaltenen Rechtssätze, so sind sie verschiedener Ordnung. Manche derselben sind Folgerungen aus andern, allgemeineren Rechtssätzen (aus Rechtsprincipien, wie Thöl sagt); sie können aber auch zugleich die Bedeutung von Rechtsprincipien haben, insofern aus ihnen wieder speciellere, in dem Gesetz enthaltene Rechtssätze abgeleitet sind oder abgeitet werden können.

Als Rechtssätze haben alle diese Bestimmungen einen den Willen in irgend einer Weise bindenden Inhalt. Sie würden auch binden, wenn sie nicht im Gesetz ausgesprochen, sondern aus den im Gesetz ausgesprochenen Rechtssätzen auf wissenschaftlichem Wege gewonnen wären. Denn ein im Gesetz nicht ausgesprochenes, mittelst Abstraction aus ausgesprochenen Folgesätzen erkanntes Rechtsprincip ist in diesen Folgesätzen enthalten, gewollt und zum Ausdruck gekommen; nicht minder ist in einem ausgesprochenen Rechtsprincip enthalten, gewollt und zum Ausdruck gekommen jeder Satz, der sich aus demselben auf dem Wege logischer Schlussfolgerung ableiten lässt.

Hieraus erhellt, dass sehr leicht in einem umfassenden Gesetzbuch Rechtssätze vorkommen werden, die als überflüssig bezeichnet werden können. Es lässt sich aber leicht einsehen, dass solches nicht nur unschädlich, sondern ganz unvermeidlich ist.

Rein theoretisch die Sache betrachtet, könnte der Gesetzgeber dreierlei Wege einschlagen, um überflüssige Rechtssätze zu vermeiden. Er könnte sich damit begnügen, die obersten Rechtspricipien aufzustellen, aus welchen dann durch Folgerung die Rechtssätze der niedrigeren Ordnungen abzuleiten wären; oder er könnte die letzten Detailsätze aufstellen, von denen zu den nächsten und so weiter bis zu den obersten Principien aufzusteigen er wieder der Wissenschaft überliesse; oder endlich er könnte die Rechtssätze aus der Mitte heraus greifen, so dass aus den von ihm aufgestellten Rechtssätzen ebensowohl nach oben Principien als nach unten Folgesätze zu gewinnen wären. In jedem Falle müssten dann noch diejenigen Rechtssätze, welche nicht reine Folgen aus andern Rechtssätzen, vielmehr contra tenorem rationis sind, noch besonders ausgesprochen werden. Auch sie sind verschiedener Ordnung, und ihre Zahl ist bekanntlich nicht gering.

Es ist nun aber klar, dass bei jeder der drei angegebenen Verfahrungsarten sowohl dem Gesetzgeber, als denen, die das Gesetz anzuwenden haben, viel zu viel zugemuthet würde. Soll das Gesetzbuch die Rechtssätze in solcher Specialität enthalten, dass nichts mehr an Rechtssätzen zu folgern übrig bleibt: so wird an den Gesetzgeber die unerfüllbare Forderung gestellt, die Mannigfaltigkeit des Lebens in ihrer ganzen Breite zu überschauen; und könnte diese Forderung auch erfüllt werden, so könnte ein solches Gesetzbuch von dem Einzelnen nicht mehr beherrscht werden. Der erste und dritte Weg aber könnte von dem Gesetzgeber mit entsprechendem Erfolg erst an dem Tage betreten

werden, an welchem die Rechtswissenschaft auf dem betreffenden Gebiet ihre Arbeit vollendet hätte, d. h. aber niemals. Aber auch die zur Anwendung des Gesetzes Berufenen müssten wissenschaftlich auf gleicher Höhe stehen, wie der Gesetzgeber selbst. Ueberdies ist es in vielen Fällen noch höchst zweifelhaft, ob ein Rechtssatz aus einem Rechtsprincip ableitbar ist, oder ob man zu demselben nur mittelst einer weitern Willensbestimmung, also auf Grund von besondern Motiven und Zweckvorstellungen, gelangen kann.

Mag nun ein Gesetzgeber noch so viele Rechtssätze aufgestellt haben, deren ausdrückliche Festsetzung er auch füglich hätte unterlassen können: es versteht sich von selbst, dass sie binden. Sie binden, auch wenn sie nicht richtig abgeleitet sind. Nur wenn die vermeintliche Consequenz einziger Bestimmungsgrund für den Gesetzgeber war, etwas als Rechtssatz aufzustellen, stehen wir wieder vor dem öfter berührten Problem des Einflusses irriger Motive auf die Geltung des gesetzgeberischen Willens.

Aber nicht nur aus Rechtsprincipien, sondern auch aus Rechtsbegriffen und aus regulae iuris (von denen weiter unten noch Näheres) kann der Gesetzgeber Rechtssätze abgeleitet und im Gesetz ausgesprochen haben. Von diesen gilt dasselbe, was soeben über Rechtssätze, die aus Rechtsprincipien abgeleitet sind, bemerkt wurde. Wenn aber dergleichen abgeleitete Rechtssätze mit primären Rechtssätzen im Widerspruch stehen, so scheint es uns, dass dieselben auch dann, wenn man irrigen Motiven jeden Einfluss auf die Geltung des gesetzgeberischen Willens abspricht, den letzteren weichen müssen, dass das vom Gesetzgeber primär und um seines Inhaltes willen Gewollte dem vorgehen muss, was er nur wegen eines supponierten logischen Verhältnisses zu einem anderen Gewollten gewollt hat.

Mittelst Abstraction und mittelst Schlussfolgerung lassen sich aber nicht blos Rechtssätze gewinnen, sondern auch theoretische Sätze, durch deren Aussprechen Niemand gebunden, sondern lediglich ein Urtheil abgegeben werden soll; Sätze, mittelst deren der Sprechende kund gibt, nicht was nach seinem Willen als Recht gelten soll, sondern was nach seiner Ansicht geltendes Recht ist. Dergleichen Sätze kommen nicht nur in Justinians Institutionen und Digesten, sondern auch in Gesetzbüchern vor, die nicht aus juristischen Schriften zusammengetragen sind; sie haben als Urtheile keinerlei den Willen bindende Kraft.

Hieher gehört die regula iuris. Mit einem Rechtssatz, welcher Rechtsprincip ist, hat sie das gemein, dass sie aus Rechtssätzen auf dem Wege der Abstraction gewonnen ist. Sie unterscheidet sich von dem Rechtsprincip dadurch, dass dieses ein Rechtssatz ist, mithin einen Imperativ enthält, wogegen die regula ein erzählendes Urtheil ist. Ganz klar ist dies ihr Wesen ausgesprochen in der Definition in l. 1 de R. I. (50, 17): *regula est, quae rem quae est breviter enarrat.* Auf die regula iuris finden daher die Prädicate richtig und falsch Anwendung; da sie keinen Imperativ enthält, will sie auch nicht befolgt sein. „Die Rechtsregel ist nie anzuwenden; sie trifft zu oder trifft nicht zu“ [45]).

Gewöhnlich wird der regula iuris zwar da die Anwendung versagt, wo sie nicht zutrifft; wo sie aber zutrifft oder für zutreffend erachtet wird, pflegt man sie wie einen Rechtssatz zu behandeln. Ein solcher ist sie aber niemals.

---

[45]) Thöl, Einleitung S. 142 f. Die Fassung kann missverstanden werden: gemeint ist, dass die regula in einem Falle zutreffe, in einem andern nicht; dem Wortlaut nach könnte auch gemeint sein, eine regula sei entweder überall zutreffend oder überall unzutreffend.

Der Satz *dolo facit qui petit quod redditurus est* trifft z. B. in dem Falle nicht zu, wo der Niessbraucher gegen den Eigenthümer a°. confessoria auf Auslieferung der dem Niessbrauch unterliegenden Sache anstellt, und kennzeichnet sich dadurch als regula iuris. In der Compensationslehre dagegen wird dieser Satz von Dernburg wie ein Rechtsprincip behandelt, und auch Windscheid (Pand. § 349 Note 19 u. 24) hält sich davon nicht frei, während er doch genau genommen auf die Compensationseinrede gar nicht anwendbar ist: denn der Gläubiger, der soviel als er fordert auch schuldet, fordert mit nichten das ein, was er zu leisten hat, und er hat mit nichten eben das zurückzugeben, was er einfordert, sondern nur *tantundem*[46]).

In Bezug auf diese und andere in das corpus iuris aufgenommene regulae, z. B. *errantis nulla voluntas, nemo errans rem suam amittit*, wird es keinem Zweifel unterliegen, dass durch die Aufnahme derselben in Justinians Gesetzbuch deren Natur und Tragweite nicht verändert sei und nicht habe verändert werden wollen. Bei der regula Catoniana könnte man, da sie einen Ausspruch über die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts enthält, im Zweifel sein, ob sie nicht durch die Aufnahme in das corpus iuris die Bedeutung eines Rechtssatzes erlangt habe, wenn nicht die nur auf regulae, nicht auf Rechtssätze anwendbare Prädicierung „*in quibusdam falsa est*“ (Celsus in l. 1 h. 1. 34, 7) gleichfalls in das Gesetzbuch aufgenommen wäre, womit deutlich ausgesprochen ist, dass sie auch hier nichts weiter vorstellen soll, als eine regula. Zweifel kann auch erregen der Satz *cuius est periculum, eius debet esse et commodum:* denn wenn

---

[46]) Ebensowenig kann er verwerthet werden, um gegenüber einer actio spolii eine petitorische Einrede als zulässig erscheinen zu lassen. So mit Recht das Reichsgericht (Entsch. Bd. 5 Nr. 42 S. 165). Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung den Satz dolo facit u. s. w. allerdings als Rechtssatz bezeichnet; aber es hat denselben als regula iuris behandelt.

das debet im Sinne eines gesetzlichen Imperativs genommen würde, hätten wir es allerdings nicht mit unverbindlichem Gesetzesinhalt, sondern mit einem (in der Fassung nicht ganz correcten) Rechtsprincip zu thun. Es wird aber doch wohl richtiger sein, das debet im Sinne eines Postulats der aequitas zu nehmen; der Satz ist dann ein Enthymema, zur Begründung specieller Rechtssätze aufgestellt [47]).

Das in der regula iuris enthaltene Urtheil ist, wo es falsch ist, dadurch falsch, dass es zu weit ist; das Mass ergeben die schon vorhandenen speciellen Rechtssätze, aus denen die regula abstrahiert ist. Auch Rechtssätze können zu weit gefasst sein, und zwar solche die Rechtsprincipien sind, aus denen also speciellere Rechtssätze abgeleitet werden können. Diese haben mit der regula iuris, zumal in unseren modernen Gesetzen, welche Rechtssätze in der Form von Urtheilen aufstellen, eine grosse Aehnlichkeit, so dass man versucht sein kann, auf sie die Prädicierung „falsch" anzuwenden. Allein dies wäre selbst dann unzulässig, wenn, was gar nicht der Fall sein muss, der Gesetzgeber zu seinem Rechtsprincip auch auf dem Wege unrichtiger Abstraction gelangt wäre. Hier ist vielmehr nur durch restrictive Auslegung zu helfen. Das Mass, wonach bemessen wird, ob ein Rechtsprincip zu weit sei, ist der Wille des Gesetzgebers, welcher bei dem Versuch, aus dem zu weit gefassten Rechtsprincip specielle Rechtssätze behufs Anwendung auf concrete Thatbestände abzuleiten, erkannt — oder auch honoris causa supponiert wird.

Auch durch Schlussfolgerung lassen sich aus Rechtssätzen theoretische Sätze ableiten. Da der Rechtssatz oder die Rechtssätze, aus denen ein solcher

---

[47]) So auch der Satz *natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.* Windscheid (§ 327 Note 9; § 421 Note 1) hält beide für regulae. Praktisch ist es gleichgiltig.

Lehrsatz abgeleitet wird, der Prädicierung „richtig" und „unrichtig" niemals unterliegen, so kann ein Lehrsatz nur dann unrichtig ausfallen, wenn der Rechtssatz nicht richtig aufgefasst oder wenn bei der Folgerung selbst etwas übersehen wurde; verbindliche Kraft aber kommt dem Lehrsatz als solchem in keinem Falle zu.

Ein solcher Lehrsatz ist der Satz der l. 59 (58) de obl. et act. (44, 7): *pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur,* auch wenn derselbe, wie jedenfalls im Zusammenhang der justinianeischen Compilation wegen des *„quia nec natura debet"* in l. 41 de cond. ind. angenommen werden muss [48]), besagt, dass der Pupill durch diesen Thatbestand nicht einmal in der Weise einer naturalis obligatio verpflichtet werde. Dieser Lehrsatz ist durch Schlussfolgerung aus dem Rechtssatz hergeleitet, dass der auf Grund eines solchen Thatbestandes zahlende Pupill das Gezahlte zurückfordern könne. Dieser Rechtssatz wurde aber nicht richtig aufgefasst, insofern sein zureichender Grund, die Ungiltigkeit der Zahlung, nicht erkannt wurde. Das führte zunächst dazu, die Rückforderungsklage als condictio indebiti aufzufassen [49]), und daraus ist geschlossen, dass der Pupill auch nicht naturaliter obligiert werde. In der l. 41 cit. ist sodann der Lehrsatz, wie wir gesehen, wieder zur Begründung des Rechtssatzes verwendet. Hätte man den Lehrsatz-Charakter dieses Satzes erkannt, so wäre wohl der Streit über die naturalis obligatio pupilli auf dem

---

[48]) Dem Wortlaut nach besagt ja die l. 59 vielmehr dies: es beruhe auch auf ius naturale d. i. auf naturalis ratio, dass der Pupill nicht obligiert werde; ob civiliter nicht, oder überhaupt nicht, davon steht in der Stelle nichts.

[49]) Jedenfalls haben das die Compilatoren gethan, indem sie die l. 41 cit. in den Titel 12, 6 stellten. Das von Neratius gebrauchte repetitio liesse, wenn nicht das *quia nec natura debet* dabei stünde, offen, an Vindication der nummi und nach deren Vereitlung an condictio sine causa zu denken (l. 29 de cond. ind. 12, 6).

Boden des geltenden gemeinen Rechts unterblieben, da ja in das corpus iuris nicht wenige specielle Rechtssätze aufgenommen sind [50]), aus denen der richtige Lehrsatz, dass der Pupill naturaliter obligiert ist, gefolgert werden muss.

Desgleichen sind lediglich Lehrsätze diejenigen Sätze, welche die Unmöglichkeit einer Handlung, eines Vorgangs, eines Verhältnisses aussprechen, nicht im Sinne eines verneinenden Rechtssatzes, sondern im Sinne eines auf logischem Wege gewonnenen Urtheils. Ein solcher Lehrsatz ist der Ausspruch l. 11 § 3 de pign. et hypoth. 20, 1: *iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec conveniri, ut hypothecae sint.* Der erste dieser Sätze ist gefolgert aus der Natur der iura praediorum urbanorum und des pignus und ist richtig; der zweite ist aus dem ersten gefolgert, und ist falsch, da er in Wahrheit aus dem ersten nicht folgt und da er sich auch sonst nicht ableiten lässt [51]). An ein Verbot des Verpfändens ist nicht zu denken; ein verneinender Rechtssatz aber würde lauten: die an sich mögliche und erlaubte Verpfändung soll keine Rechtswirkung haben, kein Pfandrecht erzeugen.

---

[50]) S. die Pandektenhandbücher. Da alle diese Stellen von Juristen herrühren, die jünger sind, als Neratius, so scheint mit der richtigen Erfassung des in Frage stehenden Rechtssatzes bezw. der durch ihn gewährten condictio — welche sich bei Ulpian in l. 29 cit. findet — das Aufgeben der aus dem unrichtig aufgefassten Rechtssatz gezogenen Schlussfolgerung Hand in Hand gegangen zu sein. Möglich ist aber auch etwas Anderes. Da bei Gai. III, 119 u. in l. 1 C. de inutil. stip. 8, 38 (39) nichts hindert, die Verneinung des Obligiertseins auf obl. civilis zu beziehen, da ferner l. 59 de o. et a., wie in Note 48 bemerkt, diese Auffassung ebenfalls offen lässt: so ist es nur (cf. Note 49) das *quia nec natura debet*, was die obl. nat. des pupillus verneint. War es nun Missverstand der Compilatoren, die l. 29 cit. in den Titel de cond. indebiti zu stellen, so könnte ebendasselbe bezüglich der l. 41 der Fall und das *quia nec natura debet* Zusatz der Compilatoren sein.

[51]) Den Nachweis s. in meiner Abhandlung über Servitutenverpfändung, in Archiv f. civ. Prax. Bd. 65 S. 119 ff.

Aehnliche Lehrsätze sind die Aussprüche: *duorum vel plurium in solidum possessio* oder *dominium esse non potest; nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.* Würden dieselben, an den speciellen einschlägigen Rechtssätzen geprüft, als unrichtig befunden, so würde nichts im Wege stehen, sie mit dieser Prädicierung einfach bei Seite zu schieben. Was insbesondere noch den zweiten der zuletzt angeführten Sätze betrifft [52]), so wird er als ein nur für das Erbrecht der Civilisten geltender ausgesprochen („*nisi sit miles*" § 5 Inst. de her. inst. 2, 14; „*in paganis*" l. 7 de R. I.). Wenn es wahr ist, dass dieser Lehrsatz aus dem Wesen der römischen Erbrechts-Delation richtig gefolgert ist, so muss entweder das Erbrecht ein anderes sein, wenn ein miles Erblasser ist, oder aber die für das militärische Testament gemachte Ausnahme muss nur eine scheinbare sein. Wir möchten dies letztere annehmen. Das militärische Testament ist auch hinsichtlich der Form der Erbeinsetzungserklärung absolut formlos, so dass also auch eine stillschweigende Erbeinsetzungserklärung genügt: und eine solche hat man in dem Verfügen über nur einen Theil des Nachlasses in Verbindung mit dem Vorhandensein intestaterbberechtigter Personen gefunden. Es erben also allerdings die Intestaterben mit, aber nicht als solche, nicht aus Gesetz, sondern aus letztem Willen [53]).

Im Vorstehenden ist angenommen, der Gesetzgeber habe mit dem Ausspruch: dies kann sein oder nicht sein, geschehen oder nicht geschehen, aus dem Grunde keinen Rechtssatz geschaffen, weil er nichts befehlen wollte. Wie ist es aber, wenn ein derartiger Satz gleichwohl im Sinne einer Willensbestimmung ausgesprochen und gleichwohl weder Verbot noch verneinender Rechtssatz gewollt ist? In diesem Falle machen sich sofort die dem Können des Gesetz-

---

[52]) Ueber den ersten vgl. Archiv f. civ. Prax. Bd. 63 S. 37 ff.

[53]) Vgl. § 5 cit. „*nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur*.

gebers gezogenen Schranken fühlbar. Es lässt sich nun einmal die Möglichkeit nicht befehlen, auch die rechtliche nicht, wenn sie nach dem sonst feststehenden Inhalt eines Rechtsinstituts verneint werden muss; und ebensowenig lässt sich die rechtliche Unmöglichkeit decretieren. Es bleibt dann nur übrig, den Willen des Gesetzgebers so viel als möglich auszuführen, und vernünftiger Weise muss auch wirklich angenommen werden, der Gesetzgeber habe nicht das Unmögliche, sondern nur ein Mögliches befehlen wollen. .

Ein solcher Ausspruch über Möglichkeit im Sinne einer Willensbestimmung, also eines Rechtssatzes, ist der Senatsbeschluss, welcher zur Ausbildung des quasi ususfructus Veranlassung gab, und nach Ulpian (l. 1 ht. 7, 3) bestimmte: *ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.* Dazu bemerkt Gaius (l. 2 § 1 cod.) ganz richtig: *quo senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit...* Das will sagen: den Begriff des ususfructus wollte der Senat mit seinem Beschluss nicht ändern [54]); es bleibt also in dem Begriff desselben das *salva rei substantia,* und damit ist ein wahrer Niessbrauch an res quae usu consumuntur ausgeschlossen, da kein Senatsbeschluss zuwege bringt, dass dergleichen Sachen usu non consumuntur. Andrerseits wollte der Senat mit nichten ein blosses Urtheil aussprechen. Daher muss sein Wille, so gut es geht (*remedio introducto* sagt Gaius a. a. O.), ausgeführt werden, und so ist denn auch von den römischen Juristen verfahren worden.

[54]) Und zwar mit Recht. Auch wir werden wohl thun, den quasi usus fructus als ein Recht sui generis neben dem usus fructus stehen zu lassen. Man versuche nur, ob etwas Brauchbares herauskommt, wenn man beide in einen Begriff zusammenfasst!

